جامعة مؤتة

عمادة الدراسات العليا

بطلان التفتيش وآثاره في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني: دراسة مقارنة

ايمن سالم مفلح الجعافره

رسالة

مقدمة إلى

عمادة الدراسات العليا

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة

الماجستير فـي الحقوق قسـم القانون العام

جامعة مؤتة، 2004م

بسم الله الرحمن الرحيم

MUTAH UNIVERSITY
Deanship of Graduate Studies

جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

نموذج رقم(13)

إجازة رسالة جامعية

تقرر إجازة الرسالة المقدمة من الطالب أيمن سالم الجعافرة بـ:

" بطلان التفتيش وآثاره في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني دراسة مقارنة "

استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون.

القسم: القانون العام.

	التوقيع	التاريخ	
د. نظام المجالي		2004/8/15	مشرفاً ورئيساً
أ.د. محمد سعيد نمور		2004/8/15	عضواً
د. عبد الإله النوايسة		2004/8/15	عضواً
أ.د. سلطان الشاوي		2004/8/15	عضواً

عميد الدراسات العليا

أ.د. ذياب البداينــــة

MUTAH-KARAK-JORDAN
Postal Code: 61710
TEL :03/2372380-99
Ext. 5328-5330
FAX:03/ 2375694
e-mail: dgs@mutah.edu.jo sedgs@mutah.edu.jo
http://www.mutah.edu.jo/gradest/derasat.htm

مؤتة – الكرك – الاردن
الرمز البريدي :61710
تلفون :03/2372380-99
فرعي 5328-5330
فاكس 03/2 375694
البريد الالكتروني
الصفحة الالكترونية

الإهداء

إلى والدي الذي ضحى بكل شيء من اجل تعليمي، والدتي الصابرة المضحية، وإلى خطيبتي الغالية وإخواني وأخواتي الذين كانوا لوقفتهم الأثر الكبير في إخراج هذا العمل إلى حيز الوجود.

أيمن سالم مفلح الجعافرة

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الدكتور نظام المجالي لتفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة، والذي بالرغم من كثرة مشاغله إلا انه لم يبخل علي بعلمه الغزير وخبرته الواسعة وتوجيهاته السديدة الأمر الذي أدى إلى إخراج هذه الرسالة بهذه الصورة.

أيمن سالم مفلح الجعافرة

فهرس المحتويات

الملخـــص

بطلان التفتيش و آثاره في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني دراسة مقارنة

ايمن سالم مفلح الجعافرة

جامعة مؤتة 2004

تناولت هذه الرسالة بطلان التفتيش وآثاره في ظل قانون أصول المحاكمـــات الجزائية – حيث أن التفتيش، كأجراء تحقيقي تقوم به السلطة المختصـــة بـــالتحقيق الابتدائي وهي النيابة العامة، أو الضابطة العدلية استثناءاً للوصول للأدلـــة الماديـــة للجريمة المرتكبة – يجب أن يتم وفقا للضوابط القانونية لتحقيق الشرعية الإجرائيـــة التي تقوم على الموازنة بين حق المجتمع في القبض على مرتكب الجريمة وإحالتـــه إلى المحكمة المختصة، وحق الفرد في حماية حقوقه وحرياته الأساسية.

لذا فقد حرصت الدراسة على إظهار نطاق البطلان على إجراءات التفتـــيش المعيب، سواء ما تعلق منها بمخالفة الشروط الموضوعية، أو الشروط الشكلية، وفقا لنظرية البطلان التي استحدثها المشرع الأردني في المادة السابعة من قانون أصـــول المحاكمات الجزائية المعدل رقم 16 لسنة 2001م.

وقد أوضحت الدراسة بان البطلان المترتب على مخالفة الشروط الموضوعية للتفتيش، هو بطلان مطلق لتعلق هذه الشروط بالنظام العام، أما الشروط الشكلية فإن البطلان المترتب على مخالفتها، هو بطلان نسبي لتعلقها بمصلحة الخصوم، كما بان لنا بأن المشرع الأردني لم يعالج بشكل دقيق كافة الجوانب القانونية لنظرية البطلان مما انعكس بدوره على الدراسة موضوع البحث، كما اغفـــل الـــنص علـــى بعـــض الشروط الأساسية للتفتيش لضمان عدم تعسف السلطة عند إتيانها هذا الإجراء.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى وجوب أن ينهض المشرع الأردني في معالجة أوجه الخلل في نظرية البطلان من جهة، وتلافي ما يكتنـــف النصـــوص الناظمـــة للتفتيش من غموض ولبس من جهة اخرى.

Abstract

The invalidity of the judicial inspection and its effects According to the law of the methods of criminal trials.

Aiman Salem Mefleh Al-Ja'afreh

Mu'tah University, 2004

This research studies the invalidity of the judicial inspection and its effect, according to the law of the method of criminal trials _ inspection as an investigational procedure practiced by competent authority primary investigation namely the prosecution or judicial police as an exception in order to reach the physical evidences for the committed crime - this must be done according to the judicial control to implement the legal procedure which balance between the right of society to hold the criminal and to send him to the competent court and the right of the individual in the protection of his basic right and freedom.

The study is eager to show the range of the invalidity on the procedures of the defective inspection, whether it is related to contravention of the objective conditions, or the formative conditions, according to the theory of the invalidity founded by the Jordanian project article 7 the law of the method of the criminal trails amended no. 16 2001.

The study illustrate that the invalidity resulted from the contravention of the objective conditions of the inspection, it is an absolute invalidity because these conditions are related to the general order, but the invalidity results from the contravention of the formative conditions, it is a relative invalidity because it is related to the interest of the parties expect the rule of the inspection of the female by another female which considered an essential formative rule related to he general order.

He is concluded from this study that the Jordanian legislator did not treat all the legal aspects of the theory of the invalidity exactly which is reflected on the study, and it neglected the provision of some basic conditions of the inspection to avoid the oppression of the authority when practicing this procedure.

This study concluded that Jordanian legislator should treat the aspect of the fault in the theory of the invalidity on one hand, and avoid the ambiguity provisions of the inspection on the other hand.

الفصل الأول

ضوابط التفتيش القضائي

1.1 المقدمة

يتمتع الفرد بالعديد من الحقوق الطبيعية اللصيقة بشخصه، كحقه في التنقل، وحقه في حرية الفكر والاعتقاد ، وحقه في الأمن والسكينة، تبدو أهم مظاهر هذه الحقوق الحق في حرمة حياته الخاصة في شخصه ومسكنه ، فكل شخص له الحق في المحافظة على أسراره الخاصة، فلا يجوز التعرض لهذا الحق بأي وجه من الوجوه.

وقد كفلت إعلانات حقوق الإنسان ودساتير الدول والقوانين الإجرائية فيها هذه الحقوق، وهذا ما أكده مشرعنا في الدستور التي جاءت نصوصه لتؤكد حرمة الحياة الشخصية وحرمة المنازل ورتب قانون العقوبات في نصوصه عقوبات على مخالفة ذلك.

ولا شك بأنّ وقوع الجريمة يؤدي إلى اضطراب في المجتمع، مما يستلزم تدخل الدولة للقبض على فاعليها، وإحالتهم إلى المحاكم المختصة لمعاقبتهم، وقد جاءت قوانين الإجراءات لتحقيق التوازن ما بين حق الدولة في العقاب، وحق الفرد في صيانة حقوقه الأساسية في الحرية والسكينة وحرمة مسكنه.

وتبدو مرحلة التحقيق الابتدائي من أخطر المراحل التي تمر بها الدعوى الجزائية، إذ في هذه المرحلة تتعرض الحرية الفردية للكثير من الإجراءات المقيدة لها كالقبض والتوقيف والتفتيش، إذا دققنا النظر نجد أنّ أخطر هذه الإجراءات هو التفتيش، لأنه يتضمن في جوهره اعتداء على حق الإنسان في الاحتفاظ بأسراره وحرمة مسكنه ، فالتفتيش كإجراء تحقيقي تقوم به سلطة مختصة لضبط أدلة الجريمة المادية في محل خاص يتمتع بالحرمة بالرغم من إرادة صاحبه.

ونظراً لخطورة التفتيش فقد أحاطه المشرع بالعديد من الضمانات التي تجعل هذا الأجراء يتم ضمن نطاق الشرعية الإجرائية والمتمثلة بأنه لا اجراء بدون نص

قانوني، إلاّ أنّ هذه الضمانات تصبح عديمة الجدوى ما لم يقرر جـزاء لمخـالفتهم، لذلك يؤكد المشرع دائماً على وجود جزاءات تحيط بهذه الضمانات.

وهذه الجزاءات قد تصيب القائم بإجراء التفتيش المخالف للقـانون كـالجزاء الجزائي والمدني، أو قد توجه هذه الجزاءات إلى الأجراء المخالف للقانون فتمنعـه من ترتيب آثاره القانونية كالانعدام والسقوط والبطلان، ويبدو أنّ البطلان هو أهـم هذه الجزاءات فالبطلان هو الجزاء الذي يقع على الأجراء المخالف فيبطله كليـاً أو جزئياً، أما بسبب إغفال عنصر يتطلبه القانون في الأجراء، وأما أنّ الأجـراء قـد بوشر بطريقة غير سليمة أو جزاء يترتب على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقـة بأي إجراء جوهري فيهدر آثاره[1]، وتبدو أهم مظاهر البطلان في انه جزاء إجرائي ضامن للحقوق والحريات الفردية، فأعمال القبض والتفتيش للمشتبه به وان لم يحكم عليه بعد، تمثل في حقيقتها إهدار لحرمة الشخص في التنقل وحرمة حياته الخاصـة وحقه في افتراض براءته إلى حين محاكمته من هنا تبدو أهمية تقييد هذه الإجراءات وإحاطتها بالضمانات ولن يكفل احترام تلك الضمانات سوى تقرير بطلان كل إجراء يتم بالمخالفة لها.

وعلى الرغم من أهمية البطلان كجزاء إجرائي إلاّ أننا وجـدنا أنّ المشـرّع الأردني لم يتناوله بالتنظيم في ظل قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (9) لسنة (1960)، الأمر الذي أنعكس بدوره على غموض اجتهاد محكمة التمييز مـن هـذا الجزاء فقراراتها متباينة بهذا الخصوص، فأحياناً تأخذ بالبطلان القـانوني، وأحيانـاً تأخذ بالبطلان الذاتي، وفي أحوال أُخرى تمزج بين هذين النوعين مـن الـبطلان، وبقي الوضع على ما هو عليه إلى أنّ تنبه المُشرّع لهذا النقص التشريعي فعالج ذلك في ظل التعديل الأخير الذي طرأ على قانون أُصول المحاكمات الجزائية في المـادة السابعة منه، حيث جمع بين نظريتي البطلان القانوني والبطلان الذاتي فـي الفقـرة الأولى من المادة السابعة، وباستقراء هذا الاستحداث لنظرية البطلان فـي التشـريع الأردني نجد أنّ المُشرّع الأردني لم يستأنس بأحكام القضاء الصادرة فـي الـبطلان

---

1 – د. احمد كامل ابو السعود – المدونه الذهبية – نظرية بطلان الاحكام في التشريعات الجنائية –.دار الفكر العربي 1989 ص15.

لتكون هذه النظرية نابعة من واقع الاجتهاد القضائي ولتعطي مفهوماً واضحاً للإجراء الجزائي الذي يرتب البطلان عند مخالفته.

ولعل من أدق وأصعب المواضيع المتعلقة ببطلان إجراءات التحقيق الابتدائي هو بطلان التفتيش القضائي، وتبدو مواطن الصعوبة في تحديد نطاق البطلان على التفتيش المعيب سواء فيما يتعلق بمخالفة الشروط الموضوعية، أو الشكلية، للتفتيش ونوع البطلان المترتب على ذلك ذلك أن هذا الأمر لا زال محل جدل فقهي وقضائي محتدما، بالإضافة إلى قلة الأبحاث القانونية المتخصصة في هذا الموضوع في الأردن، أضف إلى ذلك ندرة الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة التمييز، كون أن نظرية البطلان لا زالت حديثة العهد في التشريع الأردني لم تر النور في التطبيق الفعلي لها من قبل القضاء وخصوصا فيما يتعلق بإجراءات التحقيق المعيبة بصفة عامة، والتفتيش المعيب بصفة خاصة، الأمر الذي حدا بنا إلى إجراء الدراسة مقارنة مع التشريعات الأخرى وخصوصا التشريع المصري لمعرفة الاتجاهات التي استقر عليها التشريع والاجتهاد القضائي والفقهي المصري بخصوص الدراسة محل البحث.

ودراستنا لبطلان التفتيش وآثاره تستلزم بداية تحديد ماهية التفتيش من حيث تعريفه وطبيعته، وخصائصه، وتمييزه عما يشتبه به من إجراءات وبيان شروطه الموضوعية والشكلية في الفصل التمهيدي ثم نعرض في الفصل الأول إلى ماهية البطلان من حيث تعريفه وأنوعه و مذاهبه، وموضع التفتيش من نظرية البطلان، وفي الفصل الثاني سأتناول بطلان التفتيش لمخالفة الشروط الموضوعية، ونوع البطلان في هذه الحالة، وكذلك فقد خصصت الفصل الثالث لبطلان التفتيش، لمخالفة الشروط الشكلية، ونوعه، وفي الفصل الرابع والأخير سأتناول آثار التفتيش الباطل ونطاق الدفع به.

2.1 ضوابط التفتيش القضائي

إن المنهجية العملية في تناول هذا البحث تستلزم منا قبل الخوض في غماره أن نحدد هوية التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق، تقوم به سلطة مختصة

للبحث عن الأدلة المادية لجريمة وقعت من نوع الجناية أو الجنحة، في محل خاص له حرمه، بغض النظر عن إرادة صاحبة.

ولما كان التفتيش القضائي يتضمن انتهاكاً لحرمة الإنسان في سره، فانه يتضمن معنى الإجبار وهو بذلك يختلف عن الخبرة والمعاينة، كما يختلف عن بعض الصور الأخرى من التفتيش كالتفتيش الإداري والتفتيش الوقائي.

ويسير منهج التشريعات المقارنة على افراد مجموعة من القواعد الإجرائية لضمان صحة سلامة إجراء التفتيش، وهذه القواعد ذات أهمية للبحث في مدى تأثيرها على بطلان التفتيش من صحته، سواء ما تعلق منها بالقواعد الموضوعية أم تعلقت بالقواعد الشكلية.

3.1 ماهية التفتيش القضائي وتمييزه عن الإجراءات المشابهة

التفتيش بمعناه القانوني، إجراء تحقيقي، تباشره السلطة المختصة بالتحقيق وهي النيابة العامة في التشريع الأردني، ويباشره أفراد الضابطة العدليه في حدود معينة في حالة الجرم المشهود، أو إذا انتدبوا لذلك من جانب السلطة المختصة بالتحقيق.

ووظيفة التفتيش هي البحث عن الدليل، بمعنى أن التفتيش ليس بذاته دليل، وإنما وسيلة للحصول على الدليل ومع أن باقي إجراءات التحقيق تهدف إلى ذات الغاية التي يهدف لها التفتيش إلا أنها تختلف معه في بعض الخصائص.

لذلك فانه يتعين أن نبدأ بتعريف التفتيش القضائي، في المطلب الأول، ثم نميز بينه وبين الإجراءات المشابهة له في المطلب الثاني، ولا بد من بيان الفارق بين التفتيش القضائي من جهة والتفتيش الإداري والوقائي ودخول المنازل من جهة أخرى في المطلب الثالث.

4.1 تعريف التفتيش وخصائصه

أولا: التعريف الفقهي للتفتيش.

لقد تعددت التعريفات الفقهية للتفتيش في ظل غياب التعريف التشريعي له، فقد عرف بأنه "إجراء قانوني من إجراءات التحقيق، تقوم به سلطة حددها القانون،

يستهدف البحث عن الأدلة المادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل خاص يتمتع بالحرمة، بغض النظر عن إرادة صاحبه"[1] كما عرف بأنه "إجراء تحقيق يقوم به موظف مختص للبحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة وذلك في محل خاص أو لدى شخص وفقاً للأحكام المقررة قانوناً"[2] وعرف بأنه "إجراء من إجراءات التحقيق لا تجوز مباشرته أو الأذن به إلا بشأن جناية أو جنحة وقعت للبحث عن دليل يفيد في كشف الحقيقة حيال شخص قامت دلائل كافية على اتهامه فيها بوصفة فاعلاً أو شريكاً أو على انه حائز لأشياء واستعملت في الجريمة أو نتجت عنها أو تعلقت بها متى استلزمت ذلك ضرورة التحقيق، وتقوم به سلطة حددها القانون في محل له حرمة، لأنه مستودع الحق في سر الإنسان وإنما يباشره لان ضرورة التحقيق تقتضيه وسواء رضي به من يباشر حياله أم أبى"[3].

وعرف بأنه "إجراء من إجراءات التحقيق يباشر من مختص عند وقوع جناية أو جنحة للبحث عن أدلة الجريمة متى استلزمت ضرورة التحقيق ذلك، ويباشر في محل له حرمة سواء رضي به من يباشر حياله أم لم يرض"[4]

ثانياً: التعريف القضائي

لقد عرفت محكمة النقض المصرية التفتيش بأنه "إجراء من إجراءات التحقيق مقصود منه البحث عن عناصر الحقيقة في مستودع السر"[5]

---

1 – د. سامي الحسيني – النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن – دار النهضة العربية 1992 ص37

2– د. محمود محمود مصطفى – الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن ج1ط1 مطبعة الناصر 1987 – ص 240.

3– د.عبدالمهيمن بكر– اجراءات الادلة الجنائية.ج1 في التفتيش1996–1997ص51.

4– د. عبدالاله النوايسة – ضمانات المتهم اثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والاردني– رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة عين شمس2000ص301

5 – نقض رقم 15766 لسنة 60 ق جلسة 1992/5/7 م مشار اليه في كتاب د.عدلي احمد خالد احكام قانون الاجراءات الجنائية دار الجامعة الجديدة 2000 ص42.

أما عن موقف محكمة التمييز وأن لم تنص صراحة على تعريف التفتيش باعتباره من إجراءات التحقيق، إلا أنه يمكن استنباط ذلك من احد أحكام هذه المحكمة المتعلقة بالإجراءات القاطعة للتقادم.

حيث جاء فيه (.... إن الأعمال التي تجريها السلطة بغية التنفيذ وتقطع التقادم هي الأعمال التي من شأنها أن تؤدي مباشرة إلى تنفيذ الحكم بحق المحكوم عليه، كالقبض وإجراءات التفتيش وطلب التسليم...)[1]

ثالثاً:- خصائص التفتيش

ومن خلال هذه التعريفات تبين لنا أن التفتيش يتميز بخصائص تجتمع فيه، ويتألف منها جوهره، فهو إجراء من إجراءات التحقيق، يباشر بغض النظر عن إرادة من يقع عليه في شخصه أو مسكنه وهو ما يعرف بعنصر الجبر والإكراه (ثم انه يمس حرمة يحميها القانون وهي الحق في السر، ثم انه يباشر للبحث عن الأدلة المادية للجريمة المرتكبة".

أ- التفتيش هو البحث عن الحقيقة في مستودع السر: فهو إجراء مستمر من إجراءات التحقيق الابتدائي بالمعنى الضيق، فلا يكون استدلالاً بحسب الأصول[2]، ولا يشترط أن تكون قد سبقته تحقيقات أخرى، وإنما يصح أن يكون التفتيش، أو الأذن به، هو أول إجراء في التحقيق، وهذا يقتضي للقيام به أو إصدار الأذن لإجرائه أن تسبقه تحريات جدية تبدي دلائل كافية على نسبة التهمة إلى شخص معين أو انه يحوز أشياء تتعلق بالجريمة وتفيد في كشف الحقيقة، فعندئذ يصح بدء التحقيق بتفتيشه وتفتيش منزله وفق أحكام القانون[3].

1- تمييز جزاء، 88/314، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الجزائية المنشوره من بداية 1989 – 1991 نقابة المحامين، المكتب الفني، ص152.

2- د. رؤوف عبيد – المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية – ج1 ط3 –1980 – الناشر دار الفكر العربي – ص 119.

3- د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 54.

وقد كرس المشرع المصري ذلك في المادة 91 من قانون الإجراءات الجنائية والمعدلة بالقانون رقم 37 لسنة 1972 بقوله " تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ولا يجوز الالتجاء إليه إلا بمقتضى أمر قاضي التحقيق".

ونص المادة السابقة يشمل بالإضافة إلى تفتيش المنازل تفتيش الأشخاص فكلا الأمرين من أعمال التحقيق، فالمشرع المصري لم يرد استبعاد تفتيش الأشخاص من نطاق النص وإنما أراد استبعاد تفتيش المحلات العامة من اعتباره من إجراءات التحقيق [1].

والتفتيش باعتباره من إجراءات التحقيق الابتدائي لا يمكن مباشرته بعد انتهاء التحقيق، أو بعد إحالة الدعوى إلى المحكمة لان غايته البحث عن أدلة الجريمة المادية.

ويرى الدكتور جلال ثروت انه لا يوجد ما يمنع من إجراء التفتيش في مرحلة المحاكمة، ذلك أن المادة 219 من قانون الإجراءات الجنائية تعطي المحكمة الحق في أن تأمر من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة، ويرى أن اتخاذ مثل هذا الإجراء نادر الوقوع لان التفتيش يفقد فاعليته بالنظر إلى تراخي الزمن بين وقوع الجريمة والاطلاع على ما يفيد في كشف معالمها، كما أن المحكمة يتعذر عليها أن تقوم بإجراء التفتيش بنفسها لان هذا يتطلب اتخاذ قرار بذلك وهذا يفقده عنصر المفاجأة، إلا انه يمكن إجراء التفتيش أثناء المحاكمة في حالة وقوع جريمة أثناء انعقاد جلسة المحاكمة[2].

ورغم أن المشرع الأردني لم يورد نصاً صريحاً باعتبار التفتيش من إجراءات التحقيق، إلا أننا يمكن أن نستنبط ذلك بطريقة الاستقراء، فمن خلال معالجة المشرع لأحكام التفتيش في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان وظائف المدعي العام، لم يورد أي نص صريح يقضي باعتبار الاستجواب أو التوقيف من إجراءات التحقيق ورغم ذلك فهي تعتبر من ضمن هذه الإجراءات،

1- د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق – ص 304.

2- د. جلال ثروت – نظم الاجراءات الجنائية – دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية – 1997 ص 474.

الأمر الذي يعني أن المشرع عندما أورد هذه الأعمال تحت عنوان واحد وظـائف المدعي العام، قصد من ذلك اعتبار كل ما ورد ضمن هذا العنوان عمل تحقيقي.

ب- المساس في الحق بالسرية: الأصل أن لكل شخص الحق في المحافظـة علـى أسراره الخاصة، فلا يجوز لأي كان أن يتعرض لهذا الحق بأي شـكل مـن الأشكال، وقد كفلت ذلك إعلانات حقوق الإنسان المختلفة ودسـاتير وقـوانين الكثير من الدول[1]. وهذا ما أكده مشرعنا الأردني، حيث نصت المادة العاشرة من الدستور على أنه (للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه)، كما نصت المادة السابعة منه على ان (الحرية الشخصية مصونة).

وقد أكد على حرمة الأشخاص والمسـاكن الدسـتور السـوري والدسـتور المصري، فالحرمة محمية بنصوص الدستور ولا يجوز خدشها إلا للضرورة والتـي عند تحققها تغلب على المصلحة الشخصية للمتهم، لأن حق المجتمـع فـي معرفـة الحقيقة أولى بالرعاية من حق المتهم في أن لا تنتهك حرمته أو حرمة مسكنه.

ج - التفتيش يتضمن خاصية الإجبار: التفتيش تعرض قانوني ينطوي على انتهـاك لحرمة سر الإنسان في الوعاء الخاضع للتفتيش، ويجد تبريره في مقتضـيات المصلحة العامة لضبط أدلة جريمة أضير منها المجتمع، ويتم مباشرة التفتيش سواء أكان الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش مسكنه راضياً بذلك أم لا[2].

فالقانون يوازن بين حق المجتمع في العقاب وبين مدى تمتع الفـرد بحريتـه أمام هذا الحق، فيبيح إجراء التفتيش جبراً عن صاحب الشأن ورغم إرادتـه، متـى توفرت وروعيت ضمانات معينة [3] والقضاء المصري مسـتقر علـى أن للقـائم بالتفتيش اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لتحقيق غايته، إذ انه متى كان التفتـيش مأذوناً به قانوناً، فاتخاذ ما يلزم من طرق لإجراءاته متروك لرأي القائم به[4]، فلـه

1- انظر المادة 2/28 من الدستور السوري، والمادة 44 و45 من الدستور المصري.

2- د. عبد الأله النوايسة – مرجع سابق – ص308.

3- د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص38

4- نقض ديسمبر كانون اول 1962، مجموعة احكام النقض، س13 رقم 205 –ص853.

والحقول حيث لكل إنسان الإطلاع على ما فيها،[1] وإذا تخلى صاحب الشأن عن الحفاظ على سره، فكشف عنه فان قواعد التفتيش لا تحميه لذا فقد قضى بان اعتراف المتهم بالسرقة، وبوجود بعضها في منزله، فان انتقال ضابط البوليس المحقق إلى منزله، وإحضار ما به من المسروقات فلا محل عندئذ للقول بأن ما أجراه الضابط يعتبر تفتيشاً باطلا، إذ هو فيما فعل إنما كان يعمل بناء على طلب المتهم [2]

د- البحث عن أدلة الجريمة: إن هدف التفتيش الوصول إلى أدلة مادية في الواقعة الجرمية محل التحقيق[3] وتحقيق هذا الهدف أي الوصول إلى الدليل أمر حيوي في التحقيق الجنائي، إذ لا يدان شخص ولا يجازي دون دليل[4] وإذا كانت وسائل الإثبات جميعاً تهدف إلى البحث عن الدليل وكشف الحقيقة، إلا أن الدليل في ذاته قد يكون دليلاً مادياً أو قولياً، فالأدلة القولية هي الاعتراف وشهادة الشهود وينتج الأول عن طريق الاستجواب، بينما الثانية تجئ من أقوال من لديهم معلومات في شأن الجريمة، أما الأدلة المادية فهي الأشياء التي يمكن للمحقق التوصل؟إليها بالمعاينة، أو بالتفتيش أو الضبط أو أعمال الخبرة[5] فالتفتيش وسيلة للبحث عن الأدلة المادية للجريمة وضبطها وهو ما يفرق بينه وبين الاستجواب وشهادة الشهود، غير أن التفتيش وان كان وسيلة للبحث عن دليل مادي إلا انه يختلف عن غيرة من وسائل البحث عن الأدلة كالمعاينة والخبرة[6].

---

1 – نقض 1996/2/25 مجموعة القواعد القانونيه ج7 ص 81.

2 – د. سامي الحسيني – مرجع سابق ص46.

3 – د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق – ص 311.

4 – د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 46.

5 – د. توفيق الشاوي – فقه الاجراءات الجنائية – طبعة ثانية – 1954 ص 256.

6 – د. سامي الحسيني – مرجع سابق ص 50.

5.1 تمييز التفتيش عن غيرة من الإجراءات

التفتيش إجراء يهدف إلى البحث عن الأدلة المادية، وبالتالي فهو يفترق عن الاستجواب وشهادة الشهود كذلك يفترق عن المعاينة والخبرة ذلك أن لكل منها احكامه الخاصة:

اولاً: التفتيش والمعاينة

المعاينة إجراء يتطلبه إثبات حالة الأمكنة والأشياء والأشخاص ووجود الجريمة، وهي تسفر عن التحقق من الأشياء أو الآثار التي تهم التحقيق، وإثباتها في المحضر والمحافظة عليها[1].

والمعاينة قد تسفر عن ضبط أدلة مادية توصل إلى الحقيقة إلا أنها لا تمس حق السر ولا تنطوي على عنصر الإكراه الذي يعد من أهم خصائص التفتيش[2].

وإذا كان الأصل أن المعاينة متروك إجرائها للمحقق، إلا أن المشرع أوجب عليه الانتقال إلى محل الواقعة لمعاينته بمجرد إخطاره بجناية متلبس بها، وقد نصت المادة 29، من قانون أصول المحاكمات الجزائية على انه "إذا وقع جرم مشهود يستوجب عقوبة جنائية يجب على المدعي العام أن ينتقل في الحال إلى موقع الجريمة". وهو التزام لا وجود له في شأن إجراء التفتيش الذي يخضع لمحض تقدير المحقق، أيا كان وصف الجريمة، وسواء أكانت متلبساً بها أم لا[3] كذلك تطلب القانون حضور بعض الأشخاص في حالة تفتيش المنزل ولا يتطلب ذلك عند إجراء المعاينة.

ثانياً: التفتيش والخبرة

الخبرة هي الاستشارة الفنية التي يستعن بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها معرفة فنية أو دراية لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية المختصة بحكم عمله وثقافته[4]

---

1 – د. سامي الحسيني – مرجع سابق ص 50.

2 – د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق – ص 312.

2- د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 50 انظر المادة 2/31 من قانون الاجراءات الجنائية المصري تقابل المادة 1/29 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني.

4- د. امال.عبدالرحيم عثمان – شرح قانون الاجراءات الجنائية – 1989 ص411.

وتختلف الخبرة عن التفتيش من عدة نواحي:

أ- الهدف من التفتيش العثور على أدلة الجريمة المادية في محل له حرمة وهو بذلك عمل مادي بحت، أما الخبرة فهي عمل فني يلجأ إليه لبيان رأي أهل الخبرة في شأن واقعة معينة، والخبير أثناء قيامه في مهامه يقوم بعمل مادي وقد يقوم بعمل ذهني[1] وقد نصت المادة (39) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على الخبرة والتي جاء فيها "إذا توقف تمييز ماهية الجرم وأحواله على معرفة بعض الفنون والصنائع فعلى المدعي العام أن يستصحب واحداً أو اكثر من أرباب الصنائع".

ب- لا يصح إجراء تفتيش إلا بصدد جرائم تتسم بالخطورة لذلك يجري التفتيش للوصول إلى الأدلة في جناية أو جنحة دون المخالفات بينما الخبرة تجوز في جميع الأحوال سواء تعلق الأمر بجناية أو جنحة أو مخالفة[2]

ج- إن التفتيش لا يتم إلا بمعرفة المحقق أو من ينتدبه لذلك من مأموري الضبط القضائي، في الأردن الضابطة (العدلية) في حين أن أعمال الخبرة يقوم بها فنيون قد لا تتوافر فيهم صفة الضبطية القضائية[3]

ثالثاً: التفتيش والشهادة

الشهادة هي تقدير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه ويختلف التفتيش عن الشهادة في أن الأول قد يقع على المتهم دون غيره، بينما الشهادة لا تكون إلا بالنسبة لغير المتهم في الدعوى، كما يقتضي التفتيش توافر دلائل كافية على أن المتهم يحوز أشياء تفيد في كشف الحقيقة، وفي حين أن اختيار الشهود متروك لمحض تقدير المحقق، ويستلزم التفتيش حضور المتهم اما الشهود فيتم سماعهم دون حضور المتهم إلا عند المواجهة كما يتطلب القانون أن يحلف الشهود اليمين القانونية قبل أداء الشهادة بينما لا يتطلب إجراء التفتيش يميناً من القائم به ولا ممن يجري لديه كما يجوز لبعض الأشخاص الامتناع

1- د. امال عبدالرحيم عثمان – مرجع سابق – ص411.

2- د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص52.

3- د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق – ص313.

صور أخرى من التفتيش، كالتفتيش الإداري أو الوقائي، كما انه يختلف عن دخول المنازل.

التفتيش الوقائي

هو إجراء يقتضيه الأمن والتوقي لتجريد الشخص مما معه من السلاح أو أدوات أو مواد قد يستعملها ضد نفسه أو غيره فهو لا يعد تفتيشاً قانونياً بالمعنى الصحيح، إذ لا يستهدف البحث عن دليل في جريمة فإذا تجاوز غايته في تجريد المقبوض عليه مما يحمله لئلا يلحق الأذى بنفسه أو بغيره وتعدى هذه الغاية أي البحث عن أدلة فانه يكون باطلاً[1].

كذلك التفتيش الوقائي يجوز في الأحوال التي يقوم بها أعضاء الضابطة العدلية بالقبض على المشتكى عليه بموجب مذكرة إحضار.(م111/ 2 من قانون أصول المحاكمات الجزائية).

وإذا بوشر التفتيش الوقائي على وجه صحيح، فعثر من يجريه في حدوده على دليل في جريمة صح التعويل عليه، وإذا وجد شيئاً مما تعد حيازته جريمة كسلاح غير مرخص، نشأت حالة التلبس[2]

كما أعطت المادة السادسة من قانون مراكز الإصلاح لسنة 2001 لمأمور السجن تفتيش الموقوف أو المحكوم قبل دخول المركز لتجريده مما يكون معه من أدوات يؤذي بها نفسه أو غيره.

التفتيش الإداري

التفتيش الإداري هو إجراء من الإجراءات التحفظية التي تهدف إلى تحقيق بعض الأغراض الإدارية أو الخاصة التي يحددها القانون أو اللائحة التي يضعها رب العمل ويجد هذا التفتيش سلامته قانوناً، أم من إجازة القانون أو قبول الشخص بشرط أن لا يتعدى حدوده المخول به قانوناً، ويجد تطبيقه في عدة حالات:

1- د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص66 – 67.

2- د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص71.

الحالة الأولى: وردت في قانون مراكز الإصلاح، فقد نصت المادة 2/131 من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل المعدلة لسنة 2001 على انه (يجوز لأي من مأموري السجون أن يفحص كافة الأشياء التي يؤتى بها إلى السجن أو تخرج منه، ويجوز له أن يوقف أو يفتش كل شخص يشتبه بأنه يدخل مادة ممنوعة إلى السجن أو يخرجها منه أو يوعز بإيقافه وتفتيشه، فإذا وجدت معه تلك المادة أو المال يقتضي عليه أن يبلغ الأمر في الحال المدي). كما أعطت المادة 23 من ذات القانون لمأمور السجن تفتيش أي زائر ذكر كان أو أنثى ارتاب في أمره، وإذا كان الزائر أنثى وارتاب في أمرها يكلف رئيسة السجانات أو أحد السجانات تفتيشها، فإذا رفض الزائر الخضوع للتفتيش يجوز لمأمور السجن أن يرفض الأذن له بالدخول.

الحالة الثانية:- تفتيش العابر في دائرة الجمارك: منح القانون – قانون الجمارك – موظفي الجمارك الذين أسبغت عليهم صفة الضبط القضائي في أثناء قيامهم بتأدية وظائفهم حق تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل دائرة الجمارك أو في حدود نطاق الرقابة الجمركية إذا كان لديهم دواعي للشك في البضائع والامتعه ومظنة التهريب فيمن يجدون بداخل تلك المناطق، وقد يكون التفتيش الإداري راجعاً إلى لائحة العمل فقبول اشتغال شخص في شركة كعامل فيها يصح أن يفيد رضائه بالنظام الذي وضعته الشركة لعمالها، فإذا كان مقتضى النظام أن يفتش العمال على أبواب مصانع الشركة عند انصرافهم منها كل يوم فان التفتيش الذي يقع عليه يكون صحيحاً.

الحالة الثالثة: كما اسبغ المشرع على مفتشي العمل والصحة والصناعة والتجارة عند القيام بأعمال صفة الضابطة العدلية وفقاً لنص المادة 99 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

الحالة الرابعة: كما اسبغ المشرع على رئيس وأي من أعضاء مجلس مفوضية العقبة أو أي مفوض من قبلهم صفة الضابطة العدلية في ضبط أي مخالفة لأحكام قانون المنطقة الاقتصادية الخاصة المؤقت رقم 28 لسنة 2002 وذلك في المادة 53 من هذا القانون فقد أجازت هذه المادة للمذكورين في التفتيش داخل المنطقة عن

البضائع المحظور دخولها إليها أو إنتاجها أو تخزينها فيها فلهم دخول أي مكان وتفتيش الأشخاص والبضائع والسفن والتحفظ على أي منها.

والتفتيش الذي يتم بحكم الضرورة يعد تفتيشاً ادارياً، كما هو الشأن عند بحث رجال الإسعاف في ملابس شخص غائب عن الوعي غير معروف الشخصية للعثور معه على ما يستدل على شخصيته أو اخذ ما معه من حاجيات ونقود للاحتفاظ بها حتى لا تتعرض للضياع والسرقة[1].

دخول المنازل

يختلف التفتيش عن مجرد دخول المنازل، إذ قد يكون الدخول لغاية التفتيش والبحث عن الأدلة المادية للجريمة المرتكبة وقد يكون الغاية منه معاينة مكان وقوع الجريمة واثبات حالته.

والتفتيش كإجراء تحقيقي يمس حرمة المسكن التي كفلها الدستور فقد جاء في المادة 41 من الدستور المصري على أن (للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون) كما نصت المادة 8 من الدستور الأردني على انه (للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليه فيه).

وبالمقارنة بين هذا النصين نجد أن نص المادة 44 من الدستور المصري اكثر تطوراً من المادة 8 من الدستور الأردني حيث أحاط المشرع الدستوري المصري دخول المساكن بضمانه تتمثل بصدور أمر قضائي مسبب لإمكانية دخولها لتفتيشها.

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر في 2 يونيو 1984، حيث أوجبت لصحة تفتيش المنازل صدور أذن قضائي مسبب ولم يعد جائزاً تفتيش المنازل استناداً إلى محض توافر حالة التلبس[2].

1- د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص73.

2 – الطعن رقم 5 س4 ق دستورية جلسة 1984/6/2 مشار اليه في كتاب د.عدلي خالد – مرجع سابق ص44.

إلا أن حصانة المنزل مع ذلك ليست مطلقة، فهناك حالات يباح فيها بنص القـانون، دخول المنازل حتى لو كان ذلك بغير رضا، أصحابها وذلك في حالـة الضـرورة، لكن السؤال الذي يثور هنا مدى مشروعية التفتيش في هذه الحالة.

لقد نصت المادة 93 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على مـا يلي:-

يجوز لا ي مأمور شرطة أو درك أن يدخل إلى أي منـزل أو مكـان دون مذكرة وان يقوم بالتحري فيه :-

1- إذا كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بان جناية ترتكب في ذلك المكان، أو أنهـا ارتكبت فيه منذ أمد قريب.

2- إذا استنجد الساكن في ذلك المكان بالشرطة.

3- إذا استنجد أحد الموجودين في ذلك المكان بالشرطة، وكان ثمة ما يدعو للاعتقاد بان جرماً ما يرتكب فيه.

4- إذا كان يتعقب شخصاً فر من المكان الموقوف فيه بوجه مشروع ودخل إلى ذلك المكان"

وهذا النص يقابل المادة 45 من الإجراءات الجنائية المصري التـي نصـت على انه (لا يجوز لرجال السلطة الدخول في أي محل مسـكون إلا فـي الأحـوال المبينة في القانون، أو في حالة طلب مساعدة من الداخل أو في حالـة الحريـق أو الغرق أو ما شابه ذلك).

ففي النصين السابقين نجد الدخول إلى المسكن اقتضته حال الضرورة والتـي لا تبيح التفتيش إلا إذا شاهد مأمور الضبط القضائي عند دخولـه المنـزل جريمـة عرضاً دون تعمد البحث عنها، تحققت حالة التلبس بما تخوله من سلطات ومن بينها التفتيش.

بالإضافة إذا كان لدية ما يحمله على الاعتقاد بأنه هناك جريمـة ترتكـب أو ارتكبت منذ أمد قريب فيملك التفتيش بناء على قيام الجرم المشهود.

والمقصود في الاعتقاد الذي يبرر لمأمور الشرطة الدخول إلى المنازل هـو الاعتقاد والجزم بان جناية ترتكب أو ارتكبت منذ أمد قريب أما الشبهة والريبة فـي

إلا أن حصانة المنزل مع ذلك ليست مطلقة، فهناك حالات يباح فيها بنص القانون، دخول المنازل حتى لو كان ذلك بغير رضا، أصحابها وذلك في حالة الضرورة، لكن السؤال الذي يثور هنا مدى مشروعية التفتيش في هذه الحالة.

لقد نصت المادة 93 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على ما يلي:-

يجوز لا ي مأمور شرطة أو درك أن يدخل إلى أي منزل أو مكان دون مذكرة وان يقوم بالتحري فيه :-

1- إذا كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بان جناية ترتكب في ذلك المكان، أو أنها ارتكبت فيه منذ أمد قريب.

2- إذا استنجد الساكن في ذلك المكان بالشرطة.

3- إذا استنجد أحد الموجودين في ذلك المكان بالشرطة، وكان ثمة ما يدعو للاعتقاد بان جرماً ما يرتكب فيه.

4- إذا كان يتعقب شخصاً فر من المكان الموقوف فيه بوجه مشروع ودخل إلى ذلك المكان"

وهذا النص يقابل المادة 45 من الإجراءات الجنائية المصري التي نصت على انه (لا يجوز لرجال السلطة الدخول في أي محل مسكون إلا في الأحوال المبينة في القانون، أو في حالة طلب مساعدة من الداخل أو في حالة الحريق أو الغرق أو ما شابه ذلك).

ففي النصين السابقين نجد الدخول إلى المسكن اقتضته حال الضرورة والتي لا تبيح التفتيش إلا إذا شاهد مأمور الضبط القضائي عند دخوله المنزل جريمة عرضاً دون تعمد البحث عنها، تحققت حالة التلبس بما تخوله من سلطات ومن بينها التفتيش.

بالإضافة إذا كان لدية ما يحمله على الاعتقاد بأنه هناك جريمة ترتكب أو ارتكبت منذ أمد قريب فيملك التفتيش بناء على قيام الجرم المشهود.

والمقصود في الاعتقاد الذي يبرر لمأمور الشرطة الدخول إلى المنازل هو الاعتقاد والجزم بان جناية ترتكب أو ارتكبت منذ أمد قريب أما الشبهة والريبة في

وقوع جرم فلا تبرر لمأمور الشرطة دخول المنزل، إذ يعد الدخول حينئذ غير مشروع فإذا ترتب على دخول المنازل في هذه الحالة ضبط جريمة في حالة التلبس بطل التفتيش المترتب عليه[1] ومعيار الاعتقاد هو مأمور الشرطة متوسط الذكاء فيما لو وضع في ذات الظروف التي وجد به مأمور الشرطة. ولابد من الإشارة إلى هناك تعارض ما بين الفقرة الأولى والفقرة الثانية من المادة 93 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، ذلك أن الفقرة الأولى أطلقت الدخول إلى المسكن دون استلزم استنجاد بالشرطة والدرك بان جريمة ترتكب في ذلك المكان أو أنها ارتكبت منذ أمد قريب. في حين توجب الفقرة الثانية إلى جانب الاعتقاد بان جرماً ارتكب في المكان وجوب استنجاد أحد الموجودين في المكان بالشرطة وبالتالي فانه في حالة ارتكب جرماً في المكان دون أن يستنجد أحد الموجودين في الشرطة فانه لا يجوز لهم الدخول إلى ذلك المكان وفقاً للفقرة الثالثة.

لذا أرى أن الفقرة الأولى تغني عن الفقرة الثالثة لأنها تتفق مع حالة الضرورة التي تبرر دخول المساكن دون تعليقه على النجدة بالإضافة إلى ذلك فان كلمة جناية الواردة في الفقرة الأولى يؤخذ عليها بأنها تقيد الدخول إلى المنزل بوجوب أن تكون الجريمة التي ارتكبت أو ترتكب من نوع الجناية أي بمفهوم المخالفة فان الدخول لا يكون مشروعاً إلا إذا كان الجرم من نوع الجناية، وعليه فإنني أرى أن تعدل الفقرة الأولى من المادة 93 لتجيز الدخول في حالة الاعتقاد بان جرماً يرتكب في المكان أو انه ارتكب منذ أمد قريب.

واخيراً أجازت الفقرة الرابعة من المادة 93 لمأمور الشرطة الدخول إلى المنازل أو التحري فيها في حالة تعقب شخص فر من المكان الموقوف فيه بوجه غير مشروع ودخل إلى ذلك المكان ويرى البعض أن دخول المسكن بقصد تعقب أحد الأشخاص والقبض عليه يعتبر تفتيشاً للمسكن، وانه لا يغير من طبيعة التفتيش أن يكون محله شخصاً لا شيئاً طالما كان الهدف في الحالتين هو البحث عن الحقيقة

1- الاستاذ احمد الهياجنه- اسباب بطلان التفتيش القضائي وآثاره - رسالة ماجستير - الجامعة الاردنية - 1998 - ص33.

في مستودع السر و يفرقون بين ممارسة التفتيش في مسكن المتهم وممارسته في مسكن غيره، فيتعين لسلامته في الحالة الثانية استئذان القاضي الجزئي الذي يحق له الأذن بتفتيش مسكن غير المتهم، ومن ثم فان دخول المسكن وفقاً لهذا الرأي يعد غير مشروع.

وإذا شاهد مأمور الضبط القضائي عرضاً ما يفيد ارتكاب الجريمة كان التلبس مبيناً على سبب غير مشروع[1].

في حين يرى الدكتور سامي الحسيني أن دخول المساكن لغير التفتيش لا يعد تفتيشاً، بل هو مجرد عمل مادي يجري في هذا الغرض – تنفيذاً لأمر قانوني، والدخول الذي يقتضيه التفتيش هو ذلك الذي يعقبه بحث للتوصل إلى دليل في جريمة معينه، أما الدخول لتعقب متهم هارب فيقتصر على البحث عن ذلك المتهم للقبض عليه، وعلى ذلك فالدخول مشروع تتحقق به حالة التلبس إذا كان ما شاهده مأمور الضبط القضائي جريمة عرضاً[2]

7.1 الشروط الموضوعية للتفتيش

يعتبر التفتيش من إجراءات التحقيق الابتدائي التي تنطوي على المساس بالحرية الفردية، لذا أحاط المشرع هذا الإجراء بالعديد من الشروط والضمانات التي يترتب على مخالفتها بطلان هذا الإجراء وهذه الشروط بعضها موضوعي والبعض الآخر شكلي.

والشروط الموضوعية للتفتيش تتمثل في السبب ومحل التفتيش واختصاص العضو القائم بالتفتيش وهو المدعي العام إلا أن القانون يعطي استثناء رجال الضابطة العدلية سلطة إجراء التفتيش وهذا ما سنعرضه له عند بحث السبب.

1- د. احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية – 1970 ص 472.

2- د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 86،85

8.1 سبب التفتيش القضائي

من المسلم أن سبب التفتيش هو وقوع جرم وتوافر امارات ودلائل قوية على توافر عناصر إثبات في هذه الجريمة لدى شخص معين لذا فلا بد من تـوافر عـدة شروط للتفتيش ثم لا بد من التعرض إلى الحالات الاستثنائية التي يـتم بهـا أمـر التفتيش من قبل رجال الضابط العدلية

شروط التفتيش القضائي من جهة الجريمة التي تبرر مباشرته

التفتيش من إجراءات التحقيق التي تمس الحرية الفردية، لذا يجب لإجرائـه توافر عدد من الشروط.

اولاً: وقوع الجريمة

تتفق خطة التشريعات المقارنة على وجوب ارتكاب المشتكى عليه لجريمة ما حتى يصار إلى تقرير التفتيش في مواجهته أو في مسكنه.

فإذا لم تقع الجريمة فلا يصح التفتيش فالتفتيش الذي يقع لضبط أدلة جريمـة قد تقع في المستقبل غير جائز[1]

ولابد أن يكون سبب التفتيش وقوع جريمة ما، ولم ينص المشـرع الأردنـي على ذلك في قانون أصول المحاكمات الجزائية.

ويرى بعض الباحثين أن المشرع الأردني وان لم ينص صراحة على وجوب أن يكون الجرم المرتكب من نوع الجناية أو الجنحة لإجراء التفتيش إلا انه يمكن أن يفهم ذلك من خلال نص المادتين (33،82) من قانون أصول المحاكمات الجزائيـة، فالمادة 33 أجازت للمدعي العام أو من ينيبه أن ينتقل حالاً إلى مسكن المشتكى عليه للتفتيش عن الأشياء التي يراها ضرورية لإظهار الحقيقة إذا تبين لـه مـن ماهيـة الجريمة أن الأوراق والأشياء الموجودة. لدى المشتكى عليه يمكن أن تكـون مـدار استدلال كما نصت المادة 81 من ذات القانون على انه (لا يجوز دخـول المنـازل وتفتيشها إلا إذا كان الشخص الذي يراد دخول منزله وتفتيشه مشتبها فيه بأنه فاعل جرم، أو شريك أو متدخل فيه، أو حائزاً أشياء تتعلق بـالجرم، أو مخـف شخصـاً

1- د. محمود محمود مصطفى – الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن – الجزء الثاني – ص16.

مشتكى عليه). ويكشف هذا النص عن عدم جواز الالتجاء إلى التفتيش في حالة ارتكاب المخالفات، ذلك أن المشرع الأردني عندما عالج مفهوم الاشتراك الجرمي في قانون العقوبات لم يتطرق للاشتراك في المخالفات، وان جميع الحالات الواردة في المادة 81 هي تتضمن اشتراكاً جرمياً وان تفسير النصوص القانونية على ضوء بعضها البعض ومعالجتها كوحدة متكاملة يستلزم استبعاد التفتيش في المخالفات[1].

ويرى الدكتور عبد الإله النوايسه أن المشرع الأردني لم يحدد نوع الجريمة التي تبرر إجراء التفتيش، ويرى أن كلمة جرم الواردة في المادة (81) من قانون أصول المحاكمات الجزائية تشمل جميع أنواع الجرائم بما فيها المخالفات، ولكن اقتصار التحقيق الابتدائي على الجنايات والجنح البدائية يخرج المخالفات والجنح الصلحية من عداد الجرائم التي يجوز فيها التفتيش، إلا أن ذلك لا يفل يد المدعي العام عن التحقيق في الجنح الصلحية واتخاذ قرار بإجراء التفتيش فيها، وحتى على افتراض أن المدعي العام يحيل الجنح الصلحية مباشرة إلى قاضي الصلح دون أن يجري تحقيق بشأنها إلا أن قاضي الصلح يملك كافة صلاحيات المدعي العام المتعارف عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية فيما عدا ما يتعارض مع ما نص عليه في قانون محاكم الصلح، ولا يوجد نص في قانون محاكم الصلح يمنع قاضي الصلح اتخاذ قرار بإجراء التفتيش كلما رأى أن ذلك لازماً لإظهار الحقيقة[2] وارى أن ما ذهب إليه الدكتور عبد الإله هو الصحيح ذلك أن كلمة جرم عامة تشمل الجنايات والجنح والمخالفات، وبالتالي فان المدعي العام يملك إجراء التفتيش في الجريمة التي يباشر التحقيق بشأنها بغض النظر عن وصفها سواء أكانت جناية أو جنحة أو مخالفة وكذلك يملك قاضي الصلح هذا الحق عند دخول الدعوى بحوزته.

---

1 – احمد هياجنة – اسباب بطلان التفتيش القضائي واثارة – مرجع سابق – ص 41. عبد الاله النوايسه – مرجع سابق – ص324.

2– د. عبدالاله النوايسه – مرجع سابق – ص 324.

كذلك لم ينص المشرع السوري صراحة على وجوب أن تكون الجريمة من نوع الجناية أو الجنحة لإجراء التفتيش، لكن هذا الأمر واضح من خلال نص المادة 89 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري المتعلقة بالفصل الخاص بقضاة التحقيق، فهؤلاء لا يحققون إلا في الجنايات والجنح، أما المخالفات فيبعث بها مباشرة إلى المحكمة بدون تحقيق، وهي فضلاً عن ذلك قليلة الأهمية بحيث لا تبرر خرق حرمة الأسرار الخاصة[1]

أما المشرع المصري فقد نص صراحة على وجوب أن تكون الجريمة من نوع الجناية أو الجنحة لإمكانية إجراء التفتيش حيث نصت المادة 91 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على انه (تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق، ولا يجوز الالتجاء إليه إلا بناءا على تهمة موجهة إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشها بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن على انه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة).

والسؤال الذي يثور هنا ماذا لو تبين بعد إجراء التفتيش أن الجريمة ليست من نوع الجناية أو الجنحة إنما هي في حقيقتها مخالفة فما هو مصير التفتيش ؟

لقد أجاب على ذلك الدكتور احمد فتحي سرور بقوله (وما تجدر الإشارة إليه أن العبرة بوصف الجريمة، هي بما يجري التحقيق بشأنه دون ما يسفر عنه في نهايته، فإذا ما اتضح بعد التحقيق أن الواقعة مخالفة، فان ذلك لا يبطل التفتيش الذي تم صحيحاً، لان العبرة هي الأخذ بالظاهر لتبرير الالتجاء إلى التفتيش[2]

أما المشرع العراقي فيجيز التفتيش في المخالفات حيث نصت المادة 75 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه(لقاضي التحقيق أن يقرر تفتيش أي شخص أو منزله أو أي مكان آخر في حيازته إذا كان متهماً بارتكاب جريمة).

1- د. حسن جو خدار – شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية – الطبعة الاولى 1992 – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – ص 368.

2- د. احمد فتحي سرور – اصول قانون الاجراءات الجنائية – دار النهضة العربية – المطبعة العالمية – القاهرة 1969، ص 587.

ثانياً: توافر الامارات المبررة لإجراء التفتيش

بالإضافة إلى وجوب وقوع جريمه لإمكانية إجراء التفتيش، فلابد من توافر شرط آخر لصحة التفتيش إلا وهو توافر امارات قوية تدل على توافر العناصر المادية التي تؤدي إلى إثبات الجريمة ونسبتها إلى فاعلها.

وقد نصت المادة 1/86 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على هذا الشرط بقولها (للمدعي أن يفتش المشتكى عليه وان يفتش غيره إذا اتضح من امارات قوية انه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة). فاشتراط المشرع وجود امارات قوية يشكل ضمانه لحقوق المتهم، لان ذلك اكثر ضمانه لحريات الأفراد في حين نجد أن التشريع اللبناني خلا من مثل هذا النص[1].

ويلاحظ على تشريعنا انه في الوقت الذي أوجب توافر امارات قوية للتفتيش الأشخاص لم يستلزم إلا مجرد الاشتباه لتفتيش المساكن وذلك من خلال نص المادة (81) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء فيها (لا يجوز دخول المنازل وتفتيشها إلا إذا كان الشخص مشتبهاً به بأنه فاعل جرم، أو شريك أو متدخل فيه أو حائزاً أشياء تتعلق بالجرم أو مخف شخصاً مشتكى عليه).

فالاشتباه الذي يعتبر كاف للقيام بتفتيش المساكن والأشياء هو مجرد الظن والشك وهو اضعف من الدلائل الامارات، فالدلائل هي الامارات الجادة والقرائن الواضحة الكافية، والشبهات القوية التي تحمل على الاعتقاد بارتكاب الجريمة ونسبتها إلى فاعل معين[2].

واتمنى على مشرعنا الأردني في أول تعديل لقانون أصول المحاكمات الجزائية، أن يستلزم المشرع توافر الدلائل الكافية في تفتيش المنازل أسوة بتفتيش الأشخاص.

ويرى أستاذنا الدكتور نظام المجالي – بحق – أن نص المادة 81 من الاصول الجزائيه يتعارض مع نص المادة السابعة من الدستور حيث أن النص

1- د. محمد الطراونة – ضمانات حقوق الانسان في الدعوى الجزائية – دراسة مقارنة – دار وائل للنشر – الطبعة الاولى – 2003 – ص107.

2- فاروق الكيلاني – مرجع سابق – ص404.

المذكور يجيز تفتيش المساكن لمجرد الاشتباه ولم يشترط المشرع ذلك بالنسبة لتفتيش الأشخاص (م86 أصول جزائية) ولا شك أن اشتراط توافر الامارات القوية لصحة تفتيش المسكن اكثر ضماناً لحريات الأفراد ومما يتماشى مع حماية الحرية الشخصية[1]، فالدلائل تتطلب التعقل والاتزان وقيام ترجيح ما يفيد في كشف الحقيقة في المكان المراد تفتيشه.

أما المشرع المصري فقد اشترط توافر القرائن والامارات القوية لتبرير تفتيش منزل المتهم وفقاً لنص المادتين 47،91 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

ومسألة تقدير الدلائل الكافية لإجراء التفتيش متروك لسلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع وتطلب توافر الدلائل الكافية يهدف إلى تبين مدى فائدة التفتيش وإلا اصبح اجراءً تحكمياً.

التفتيش في حالة الندب أو الأذن

الأذن بالتفتيش تفويض يصدر من سلطة التحقيق المختصة إلى أحد أفراد الضابطة العدلية، وقد نصت على ذلك المادة 92 /1 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على انه (يجوز للمدعي العام أن ينيب أحد قضاة الصلح في منطقته أو مدعي عام آخر لاجراء معاملة من معاملات التحقيق في الأماكن التابعة للقاضي المستناب، وله أن ينيب أحد موظفي الضابطة العدلية لأية معاملة تحقيقية عدا استجواب المشتكى عليه).

فللمدعي العام وفقاً للنص السابق أن ينيب أيا من موظفي الضابطة العدلية للقيام بأي معاملة تحقيقية ماعدا استجواب المشتكى عليه، كما له إنابة أعضاء الضابطة العدلية لتفتيش المنازل في الأحوال التي ينتدبون فيها من قبله وفقاً للمادتين (29،42) من قانون اصول المحاكمات الجزائية، والمادة (29) تتعلق بالجرم المشهود، أما المادة (42) فتتعلق بالتحقيق في الجنايات والجنح التي تقع داخل البيت

1- د. نظام المجالي – الاجراءات الجنائية في النظم القانونية وحماية حقوق الانسان – اعداد محمود بسيوني وعبدالعظيم الوزير – الطبعة الاولى – 1991 – تقرير الاردن – ص88.

ويطلب صاحبة إجراء تحقيق بشأنها ويكاد الفقه والقضاء يجمع على إن الندب في التفتيش عمل من أعمال التحقيق، على اعتبار أن الندب لأي عمل من أعمال التحقيق هو من طبيعته عمل تحقيق ويترتب على ذلك انه يرتب أثره في قطع التقادم في الدعوى الجنائية ولابد للأذن بالتفتيش من توافر شروط موضوعيه وأخرى شكليه، وسوف أوضح ذلك ثم أبين آثار الأذن.

اولاً: الشروط الموضوعية لإذن للتفتيش

للمدعي العام أن ينتدب أحد أعضاء الضابطة العدلية للتفتيش وقد نصت المادة 47 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على انه:

"1- و اذا اجتمع في مكان التحقيق مدعي عام وأحد موظفي الضابطة العدلية يقوم المدعي العام بأعمال الضابطة العدلية.

2- وإذا كان من حضر من الموظفين المذكورين قد بدأ بالعمل فللمدعي العام حينئذ أن يتولى التحقيق بنفسه او ان يأمر من باشره بإتمامه). ويجب لصحة الندب أن يكون إجراء التفتيش متعلقاً بجريمة وقعت فعلاً تشكل في القانون جناية اوجنحة او مخالفة، وان يكون مصدر الإذن بالتفتيش مختصا إقليميا بالتحقيق ومختصاً بإجراء التفتيش ولائياً ويخوله القانون ندب مأمور الضبط القضائي (الضابطة العدلية) لممارسته، ويتحدد الاختصاص الإقليمي بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة، او الذي يقيم فيه المتهم، او الذي يقبض عليه فيه، فاذا كان أحد هذه الأماكن الثلاثة في دائرة عمل المحقق كان مختصاً إقليميا بالتحقيق في الجريمة،[1] ووفقاً للمادة (7/أ) من قانون محكمة الجنايات الكبرى فان اختصاص مدعي عام هذه المحكمة الإقليمي يشمل كافة ارجاء المملكة.

وبالتالي فهو يملك الحق بإجراء التفتيش في كافة أنحاء المملكة وله ندب أحد أعضاء الضابطه العدلية لهذا الإجراء.

1- د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص173، انظر المادة الخامسة من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني..

أما فيما يتعلق بالمأذون له بالتفتيش فيشترط علمه بأمر الندب قبل اتخاذه الإجراء، وإلا وقع باطلاً، وعليه فلو قام أحد رجال الضبط بتفتيش منزل المتهم في غير حالات الجرم المشهود بناء على طلب صاحب المنزل ودون توافر ندب له من سلطة التحقيق كان إجراؤه باطلاً حتى ولو تبين له فيما بعد أن ثمة قرار لندبة سبق صدوره دون أن يعلم به.

وإذا صدر الإذن بالتفتيش من المختص به لمأمور ضبط قضائي معين بالذات، ويختص به نوعياً ومكانياً تعين أن يباشر هو الإجراء ما دام الإذن قد اختصه للقيام به وصح قيامه بالتفتيش بأنه ندب أحد زملائه لإجرائه بدلاً عنه ولو كان من ذوي الاختصاص كان التفتيش باطلاً ما دام الإذن لا يخوله ندب غيره، إلا انه اذا كان الندب لأحد أعضاء النيابة وهو من مأموري الضبط القضائي بان كان صادراً له من قاضي التحقيق المختص مثلاً فان له أن يندب أحد مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص لان عضو النيابة يملك الندب.[1]

بقي أن نشير الى انه يجب أن يكون الندب أو الإذن بإجراء التفتيش لمأمور ضبط قضائي (رجل الضابطة العدلية) مختصاً نوعياً ومكانياً.

ثانياً: شكل الإذن بالتفتيش:

يجب أن يكون الإذن بالتفتيش موقعاً ومؤرخاً، ويجب أن يكون صريحاً في الدلالة على التفويض في مباشرة التفتيش كما ينبغي أن يتضمن من البيانات ما يحدد نوع الجريمة التي تهدف التوصل للحصول على دليل بشأنها واخيراً فإنه يجب أن يتضمن محل التفتيش شخصاً كان أم مسكناً وأن يبين في الإذن الفترة الزمنية التي يبقى ساري المفعول خلالها لمباشرة الإجراء[2].

وباستعراض قانون أصول المحاكمات الجزائية، نجد ان المادة 48 من القانون المعدل رقم 16 لسنة2001 نصت على ما يلي:"

1- يمكن للمدعي العام اثناء قيامة بالوظيفة في الاحوال المبينة في المادتين (29،42) أن يعهد الى احد موظفي الضابطة العدلية كل حسب اختصاصه

1- د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص179،180.

2- د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 123.

بقسم من الاعمال الداخلة في وظائفه اذا رأى ضـرورة لـذلك مـا عـدا استجواب المشتكى عليه.

2- في غير الاحوال المبينة في الفقرة "أ" من هذه المادة اذا عهد المدعي العام الى اي من موظفي الضابطة العدلية بقسم من الاعمال الداخلة في وظائفه وفقاً لاحكام هذا القانون وجب عليه أن يصدر مذكرة خطية بـذلك تتضـمن الزمان والمكان المعين لانفاذ مضمونها كلما كان ذلك ممكناً ".

وباستعراض هذا النص نجد أن المشرع الاردني لم يبين الشـروط الشـكلية الواجب توافرها في اذن التفتيش، في حين بينت المادة (151) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي ما يجب أن يكون عليه الاذن والمعلومات التي يتضمنها، فاقتضت أن يكون الامر مكتوباً مؤرخاً، موقعاً عليه ممن اصدره مع ختمـه بخـاتم قاضـي التحقيق، وأن يبين فيه نوع الجريمة موضع التحقيق وطبيعتها والعمل والاعمال التي يأذن القاضي بأتخاذها مع مراعاة تعلق هذه الاعمال مباشرة في الجريمة التي يجري التحقيق بشأنها، كذلك نجد ان تعليمات النيابة العامة في مصر قد نصت في المـادة 319 على الشروط الشكلية لاذن التفتيش والتي جاء فيها "يجب ان يصدر امر الندب بالتفتيش كتابياً من عضو النيابة المختص مكانياً ويجب ان يتضمن امر النـدب مـن اصدرة ووظيفته وتاريخ وساعة صدوره واسم واسماء الموكليين بالتفتيش وان يحدد له فترة معقولة يمكن تجديدها عند انقضائها بغير تنفيذ ويذيل الامـر بتوقيـع مـن اصدره".

يتبين لنا مما تقدم ان الشروط الشكلية لاذن التفتيش هي :

1- صدور الاذن كتابة.

2- صدور الاذن متضمناً البيانات الاساسية.

وساتناول ذلك بشيء من الايجاز.

1- صدور الاذن كتابة:

يجب ان يكون الاذن بالتفتيش مكتوباً وموقعاً ومبيناً فيه اسم المشتكى عليـه والتهمة المسندة اليه والاعمال المخولة للضابطة العدلية اتخاذها ولم يحدد المشـرع الاردني الشروط الشكلية لأذن التفتيش سواء تحديد مكانـه وزمانـه الا أن قضـاء

محكمة التمييز مستقر على وجوب أن يكون إذن التفتيش مكتوباً فقد جاء في أحد قراراتها أنه (إذا كان التفتيش الذي اجراه ضابط التحقيق قد تم بتفويض خطي من المدعي العام وبحضور نائب المختار فانه يعتبر تفتيشاً قانونياً لتوافر الشروط التي تطلبتها المادة (92) من قانون اصول المحاكمات الجزائية)[1]. ولا بد من الاشارة هنا ان الاذن الصادر من المحقق الى احد افراد الضابطة العدلية لاجراء التفتيش لا يتم تضمينة محاضر القضية التحقيقية على الرغم انه من اجراءات التحقيق، الا انه ليس من المحاضر التي اشارت اليها المادة (87) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني إذ هو لا يصرف المحقق عن مهمته الاصلية ولا يشغل فكرة عن مجريات التحقيق[2].

ومتى كان الاذن مكتوباً فانه يمكن في حالة الاستعجال ابلاغة تليفونياً أو برقياً أو بغير ذلك من وسائل الاتصال بشرط أن يتضمن الوسيلة المتبعة دقة تحديد البيانات والمهم أن يكون في هذه الحالة للاذن اصل موقع عليه ممن اصدرة، وبالتالي فانه لا يكفي أن يصدر الاذن تليفونياً حتى ولو ثبت ذلك في دفتر الاشارات التلفونية طالماً لم يكن له اصل موقع عليه.

ويرى الدكتور عبدالمهيمن بكر انه لا يلزم وجود ورقة الاذن بالتفتيش بيد المنتدب وقت اجرائة اذ القانون يشترط الا ان يكون الاذن بالتفتيش ثابتاً بالكتابة[3].

وترى محكمة النقض المصرية وجوب علم مأمور الضبط القضائي المأذون بالتفتيش بمحتوى الاذن الثابت هو أو أصلة بالكتابة[4].

وعدم إرفاق أصل الاذن بملف الدعوى لا يفيد حتماً عدم سبق صدوره فإذا لم ينازع المتهم في صدور الاذن بالتفتيش إمام محكمة الموضوع ولم يطلب اليها ختمة ولم يتعرض مطلقاً لصورته المرفقة أو يدعي عدم مطابقتها للأصل المأخوذة عنه فإنه لا يسوغ له من بعد المجادلة في ذلك لاول مرة أمام محكمة النقض[5].

---

1 - تمييز جزاء رقم 1956/13 المنشور على ص217 مجلة نقابة المحامين لسنة1956.

2 - د.سامي الحسيني - مرجع سابق - ص 124.

3 - د. عبدالمهيمن بكر - مرجع سابق - ص 197.

4 - نقض 3 ديسمبر - 1934 - مجموعة المبادئ - 3-239-299.

5 - د. سامي الحسيني - مرجع سابق ص 126.

2- صدور إذن التفتيش متضمناً البيانات الأساسية :-

يجب أن يكون الندب أو الاذن بالتفتيش واضحاً من حيث اسم المأذون بإجراء التفتيش وفي التعبير عن نية المحقق تفويض المأذون في اجراء التفتيش، ذلك أن الندب لأي عمل من أعمال التحقيق وهو استثناء على الاصل، كما يشترط ذكر تاريخ الاذن لانه من اجراءات التحقيق التي تقطع التقادم في الدعوى بالاضافة الى اهميته في الوقوف على صدور الاذن قبل مباشرة التفتيش فمباشرة الاجراء قبل صدور الاذن به يكون مجرداً من السند القانوني لاجرائه ويعد باطلاً ولا يصح أن يعتبر مباشرة مأمور الضبط القضائي له قبل صدور الاذن اجراء استدلال، فالتفتيش يعد دائماً من اجراءات التحقيق.

بالاضافة الى أن الاذن يجب أن يشتمل على نوع الجريمة المراد التفتيش لاجلها دون حاجة الى ذكر المادة القانونية المنطبقة على التهمة المسندة للشخص المراد تفتيشة أو تفتيش منزله والذي يجب أن يكون محدداً تحديداً يمنع اللبس والغموض في أنه المقصود بهذا الاجراء والا كان الاذن باطلاً.

واذا لم يتضمن الاذن اجل لتنفيذه فيجب على المأذون تنفيذه في اقرب وقت يتحين فيه تحقيق الغرض من التفتيش بالاضافة الى وجوب أن يكون الاذن بالتفتيش موقعاً ممن صدر عنه.

وباستعراض ما يجري عليه العمل في الاردن في أذونات التفتيش التي يعطيها المدعين العامين لافراد الضابطة العدلية نجد أنها تأتي فضفاضة حيث لا تتضمن نوع الجريمة، وانما تتضمن عادة السماح لرجل الضابطة العدلية المأذون بتفتيش منزل الشخص المتوارى عن انظار الشرطة لتتمكن الضابطة العدلية من إلقاء القبض عليه.

ونظراً لخطورة التفتيش لكونة يمس حرمة الشخص والسكن التي كفلهما الدستور فلا بد أن يتم الاذن به وفقاً لضوابط السابق ذكره حماية لهذه الحرمة ولا أرى مع الاستاذ احمد هياجنه وجوب ذكر المادة القانونية المنطبقة على الجريمة المسندة للشخص المراد تفتيشه أو تفتيش مسكنة كلما أمكن ذلك لأن هذا الامر ليس

له قيمة عملية كضمانة من ضمانات التفتيش، المهم أن لا يكون الندب للتفتيش عاماً لأن ذلك يضع الاشخاص ومنازلهم تحت رحمة أفراد الضابطة العدلية.

ثالثاً : آثار إذن التفتيش

يترتب على صدور الإذن بالتفتيش أن يصبح لمأمور الضبط القضائي المأذون له السلطة التي يمتلكها المحقق النادب في ممارسة الاجراء الذي انتدب له[1] ويلتزم بالأحكام التي يتعين على المحقق النادب الالتزام بها، دون تجاوز لحدود الندب ما لم يخوله القانون ذاته لاعتبارات معينه تجاوزها[2] وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا المعنى في حكم لها جاء فيه[3] (اذا قبض مأمور الضبط القضائي على المتهم المقصود تفتيشه واذا تأخر تفتيشه بعد القبض عليه بسبب تجمع الاهالي فذلك لا يقدح في صحة التفتيش).

ولا بد أن يراعي مأمور الضبط القضائي المنتدب رجل الضابطة العدليه عند تفتيشة "السكن أو ما في حكمها" أن يلتزم بما تنص عليه المادة (92) من قانون الاجراءات والتي تحيل على الاجراءات التي يتبعها قاضي التحقيق ولا يلتزم بمراعاة الاحكام المقررة في المادة (51) والتي تتطلب حضور المتهم أو من ينيبه أو حضور شاهدين إذ أن هذه الاحكام الاخيرة إنما تسري في غير احوال الندب.

ومتى قام الضابط القضائي بتنفيذ الاذن فقد استنفذ الاذن غرضة وانتهى مفعولة ولكن السؤال الذي يثور هنا ماذا لو قام مأمور الضبط القضائى باستخدام اذن التفتيش لاكثرمن مرة ؟

امام عدم وجود نص فى ظل القانون الاردني والمصري يعالج هذه المسألة فإنني أرى أن استخدام إذن التفتيش لاكثر من مرة ولو لذات الجريمة التي صدر الاذن للتفتيش عن أدلتها يترتب عليه بطلان التفتيش الذي تم للمرة الثانية. ولكن إذا كان التفتيش الثاني قد تم بناء على توافر حالة التلبس فإنه يكون صحيحاً ليس بالاستناد الى حالة الندب إنما لتوافر شروط حالة التلبس التي يخول القانون مأمور

---

1 – د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 137.

2 – عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 208.

3 - نقض 28 نوفمبر سنة 1950م / اشار اليه د. عبدالمهيمن – مرجع سابق – ص 208.

الضبط (الضابطة العدلية) اتخاذ الاجراءات التحقيقيه ومنها التفتيش ولسلطة التحقيق الامرة باجراء التفتيش أن توجه وتراقب المندوب ولكن هذا التوجيه والاشراف إنما هما من الناحية القانونية فحسب، اما الناحية الفنية التي تتعلق باسلوب اجراء التفتيش وطريقة القيام به فلا تملك السلطة الامرة ازاءها توجيهاً ولا إشرافاً[1] ذلك أن مسألة أو كيفية إجراء التفتيش من قبل مأمور الضبط مسألة موضوعية تخضع لتقديرة وفقاً للظروف المحيطة عند اتخاذ هذا الاجراء.

ولكن هل يتوجب على مأمور الضبط القضائي أن يصطحب كاتبا معه أثناء التفتيش؟ لقد تردد القضاء المصري في بيان حكم اصطحاب مأمور الضبط القضائي لكاتب اثناء التفتيش للمساكن فبعد أن أوجب القضاء المصري على مأمور الضبط القضائي المنتدب للتحقيق اصطحاب كاتب لتدوين التحقيق [2] عاد في ذات العام واستقر على أنه لا ضرورة لتقيد مأمور الضبط القضائي باصطحاب كاتب عند تنفيذه لإنابة قضائية لئلا يصرفة ذلك عن مهمته الاصلية[3].

وقد ذهب الدكتور الحسيني الى تأييد قضاء محكمة النقض بعدم وجوب اصطحاب مأمور الضبط كاتب عند اجراء التفتيش بقولة إن الحكمة من اقتضاء تحرير محاضر التحقيق بمعرفة كاتب هي إتاحة الفرصة للمحقق حتى يصرف اهتمامة كلية بادارة دفة التحقيق واستيعاب نقاطة دون أن يشغلة عن ذلك عمل مادي يتعلق بالكتابة أو نحوها، وتبدو تلك الحكمة ظاهرة في الاحوال التي يتولى فيها المحقق استجواب متهم أما قيام مأمور الضبط القضائي باجراء التفتيش فلا تبدو فيه حاجة ملحة ضرورة الاستعانة بكاتب حتى يتعين اشتراط ذلك[4].

والمنتدب بتفتيش منزل المتهم لا يجوز له تفتيش منزل غيره حتى ولو اقتضت حالة الضرورة ذلك لان النيابة الامره بالندب اصلاً غير مختصة بالامر لتفتيش منزل غير المتهم أو حتى شخصه اذ لا بد من استئذان القاضي الجزئي سند

---

1 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 146.

2 – نقض مصري – 61/2/20، مجموعة احكام النقض س 12رقم 40ص 333.

3 – نقض مصري – 23 أكتوبر سنة 61، مجموعة احكام النقض س 13 رقم 65 ص 84.

4 – د.الحسيني – مرجع سابق ص139

لنص المادة (206) من قانون الاجراءات الجنائية [1] ويرى الدكتور عبد المهيمن بكر ان هذا الرأي لا سند له لأن مأمور الضبط المخول في حالة الاستعجال أن يباشر أي إجراء لم يندب له ولو كان استجواب المتهم ما دام متصلاً بما ندب له ولازماً لكشف الحقيقة وهذا التخويل من القانون ذاته وليس من النادب أو سلطاته، وذلك أن نص المادة (71) في فقرتها الثانية تقرر قاعدة استثنائية في حالة الاستعجال لكشف الحقيقة يباشرها المندوب الذي يقوم بالاجراء فتنطبق من باب أولى اذا يباشره النادب بنفسه فليس من حق عضو النيابة أن يباشر تفتيش منزل غير المتهم الا بعد استئذان القاضي الجزئي الا انه اذا كان يباشر تفتيش مسكن المتهم وهذا من سلطاته، ووجدت حالة الاستعجال في هذه الاثناء بشروطها المقررة بصريح النص للمندوب كان له أن يفتش مسكن غير المتهم استثناء في هذه الحاله[2].

وأرى أن ما ذهب إليه الدكتور عبدالمهيمن هو التفسير السليم لنص المادة (71) وذلك أن هذه المادة خولت مأمور الضبط القضائي المأذون له بالتفتيش أن يتجاوز حدود الإذن إذا ما توافرت شروط هذه المادة المتمثلة بشرط الاستعجال في حالة الضرورة أولاً وكشف الحقيقة ثانياً، وأن تخضع مدى توافر هذه الشروط لتقدير محكمة الموضوع.

ضوابط التفتيش في حالة الجرم المشهود

التلبس كما يفهم من ظاهره اللفظ يفيد ان الجريمة واقعة وادلتها ظاهرة ومظنة احتمال الخطأ فيها طفيفة والتأخير في مباشرة الاجراءات الجنائية قد تعرقل سبيل الوصول للحقيقة[3].

لقد اعطى المشرع الاردني في قانون اصول المحاكمات الجزائية سلطات استثنائية لضابطة العدلية لكشف الحقيقة، ومن هذه السلطات الحق في تفتيش الاشخاص والمنازل.

---

1 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 141.

2 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 214.

3 – د. حسن صادق المرصفاوي – المرصفاوي في اصول الاجراءات الجنائية – الناشر، منشأة المعارف بالاسكندرية – 1996– ص 290.

وسوف اعرض بشيء من الايجاز لشروط الجرم المشهود كمقدمة لدراسة التفتيش بناء على التلبس.

البند الاول: شروط التلبس.

نصت المادة (28) من قانون اصول المحاكمات الجزائية على انه

"1- الجرم المشهود هو: الجرم الذي يشاهد حال ارتكابه او عند الانتهاء من ارتكابه

2- وتلحق به ايضاً الجرائم التي يقبض على مرتكبيها بناءً على صراخ الناس اثر وقوعها أو يضبط معهم اشياء او اسلحة او اوراق يستدل منها انهم فاعلوا الجرم وذلك في الاربع والعشرين ساعة من وقوع الجرم، او اذا وجدت بهم في هذا الوقت اثاره".

وهذه الماده تقابل المادة (28) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري، كما نصت المادة (30) من قانون الاجراءات الجنائية المصري على الجرم المشهود وقد استخدم المشرع المصري مصطلح التلبس بالجريمة وكلا المصطلحين مترادفان ويوديأن نفس المعنى.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا ان شروط الجرم المشهود هي:

أولاً: ادراك موظف الضابطة العدليه للجرم بنفسه

ينبغي أن يشاهد مأمور الضبط القضائي (الضابطة العدلية) حالة التلبس بنفسه فلا يكفي تلقي نبأها عن طريق الرواية ممن شاهدها [1].

ولكن اذا علم هذا الموظف من أي مصدر كان بوقوع الجريمة فانتقل الى مكانها في الحال وشاهد مظاهر خارجية ملموسة تنبئ بذاتها وبطريقة لا تدع مجالاً للشك بوقوع الجريمة منذ فترة قصيرة اعتبر الجرم مشهوداً لمشاهدته من قبل الموظف.

ثانياً : ادراك التلبس بطريقة مشروعة

حتى يتمكن موظف الضابطة العدلية من ممارسة السلطات الاستثنائية المخولة له في حالة التلبس لا يكفي ان يشاهد الواقعة الجرمية بنفسة بل لا بد له ان تكون المشاهدة تمت بطريقة مشروعة، والا اعتبرت الاجراءات التي يتخذها من

1- د. الحسيني – مرجع سابق – ص 153.

قبض وتفتيش ومعاينة باطلة، ولكن محكمة التمييز وفي حكم لها اعتبرت ان ضبط الجرم عن طريق التلصص من ثقب الباب اجراء مشروع حيث جاء في قرارها (بالتدقيق تبين ان الشهود شاهدوا المتهم وهو يهتك عرض الحدث بداخل الغرفة التي يقيم فيها في الفندق الا ان محكمة الموضوع لم تأخذ بهذه الشهادة وقضت ببرأة المتهم من الجريمة المذكورة بحجة ان معلومات الشهود كانت مبينة على ما شاهدوا عن طريق التجسس بالنظر الى داخل الغرفة من ثقب الباب مما يجعل شهادتهم غير قانونية لمخالفتهم النظام العام والاداب، مع ان هذا لا يتفق واحكام القانون ذلك لانه من الواضح من البينات الواردة في القضية ان قيام الشهود بالتحديق بابصارهم الى داخل الغرفة من ثقب الباب لم يكن من قبيل الفضول اوبدافع غير اخلاقي وانما من اجل التأكد من حقيقة ما يجري مع الحدث داخل الغرفة على الوجة المذكور قد اوجد في انفسهم شك في ان الغرض من ادخالة هو هتك عرضة، وانهم يريدون الحيلولة دون ذلك، ولهذا فان هذه البينة تعتبر قانونية مؤسسة على الرؤية والمشاهدة ومن الجائز الاعتماد عليها في الحكم"[1] وهذا القضاء، محل نظر لان ضبط الجرم المشهود بطريق التلصص واستراق النظر ينافي مبادئ الاخلاق، وينطوي على خرق حرمة المنزل، وعلى الاعتداء على الحرية الشخصية[2].

البند الثاني: التفتيش بناء على حالة التلبس (الجرم المشهود).

لم يرد نص صريح في القانون الاردني والسوري يعطي موظفي الضابطة العدلية تفتيش المشتبة بهم في حالة ارتكابهم جريمة مشهودة.

ويرى الدكتور عبدالاله النوايسة بحق أنه وإن لم يرد نص مماثل في أصول المحاكمات الجزائية الاردني لنص المادة (46) من قانون الاجراءات الجنائية المصرية والتي تجيز لمأمور الضبط القضائي في الاحوال التي يجوز بها القبض على المتهم وفقاً لنص المادة 3/45 اجراءات أن يفتشة فإن ذلك لا يمنع من تفتيش المشتكى عليه كلما صح القبض عليه لأن التفتيش من مستلزمات القبض وهو اقل

1- تمييز جزاء رقم 1978/130م – المنشور على الصفحة 1597 من مجلة نقابة المحاميين لسنة 96.

2 - فاروق الكيلاني – محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني والمقارن القيت على طلبه، كلية الحقوق في الجامعة الاردنية – الجزء الثاني – الطبعة الثانية 1985 – ص430.

مساساً بالحرية من القبض فلا ضير من القيام به لما في ذلك من فائدة تعـود علـى التحقيق من جراء ما يتم ضبطه مع المشتكى عليه يفيد في الوصول الى الحقيقة[1].

اما القول ان المدعي العام يجد سنده القانوني في تفتيش الاشخاص في حالـة وقوع جرم مشهود في نص المادة (1\86) من قانون اصول المحاكمـات الجزائيـة التي تجيز له تفتيش المشتكى عليه وغيره اذا اتضح له من امارات قوية انه يخفـي اشياء تفيد في كشف الحقيقة وبالتالي فان افراد الضابطة العدليه لا يملكـون تفتـيش الاشخاص في حالة الجرم المشهود لان هذا النص ورد تحت عنوان مواد التفتـيش وضبط المواد الجرمية في حين ان المواد الخاصة بوظائف المدعي العام والمتعلقـة بالجرم المشهود هي المواد (28-41) والتي يملك افراد الضابطة العدلية تفعيلها فـي حالة الجرم المشهود وليس من بينها نص يخولهم تفتيش الاشخاص[2] فإن مثل هـذا القول تعوزه الدقة.

فكيف لنا ان نقبل عقلاً ان لافراد الضابطة العدلية القبض على الاشخاص في حالة الجرم المشهود دون تفتيشهم لعدم وجود نص يبيح التفتيش رغـم ان القـبض اشد وطأة ومساس بالحرية من التفتيش لذا ارى ان ماذهب اليه الدكتور عبـد الالـه النوايسة وهو الاقرب الى العقل والمنطق ولا يوجد ما يمنع افراد الضابطة العدليـة في حالة القبض على الشخص في الجرم المشهود أن يفتشوه.

ويرى الدكتور محمد سعيد نمور انه على الرغم ان نص المادة 86 من قانون اصول المحاكمات الجزائية لم يرد في باب الجرم المشهود، ولكنه ورد فـي البـاب الخاص بمعاملات التحقيق، الا انه يمكن ان ينطبق على من القي القبض عليه لقيـام احدى حالات الجرم المشهود، ذلك ان من يضبط متلبساً بالجريمة تتوافر بالنسبة لـه امارات قوية بانه يحمل شيئاً يفيد في كشف الحقيقة، وبالتالي فان نص المادة 86 هو

---

1 – د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق – ص361.

2– الاستاذ احمد الهياجنه – مرجع سابق ص 63.

السند القانوني لرجل الضابطة العدلية حين يقوم بتفتيش المشتكى عليه الذي ضبط متلبساً بالجريمة[1]

وتقتضي المادة (34) من قانون الاجراءات الجنائية المصري على انه: "لمامور الضبط القضائي في احوال التلبس بالجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة اشهر ان يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية لاتهامة".

فلمأمور الضبط القضائي اذا شهد الجريمة في حالة التلبس ان يقبض على المتهم دون اذن النيابة العامة، وفقاً لما تقرره نص المادة (34) من شروط، والقبض يجيز التفتيش وفقاً للمادة (46) من قانون الاجراءات والمتهم هنا هو من تتوفر الدلائل على انه مرتكب الجريمة او مجرد شريك فيها.

وعليه فاذا لم تتوافر شروط القبض الواردة في المادة (34) فان القبض والتفتيش الذي يترتب عليه باطلين.

والمادة (34) من قانون الاجراءات الجنائية المصري تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض على مرتكب الجنحة المتلبس بها اذا توافر شرطان الاول ان تكون الجنحة معاقبا عليها بالحبس فلا يجوز القبض على مرتكب الجنحة اذا كان معاقبا عليها بالغرامة. اما اذا كانت عقوبة الغرامة تخييرية مع الحبس فيجوز لمأمور الضبط القضائي ان يقبض على مرتكبها، واذا لم يكتمل الركن المادي للجنحة ووقف عند حد الشروع فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي ان يقبض على مرتكبها الا اذا كان الشروع معاقبا عليه لان القاعدة في التشريعين المصري والاردني ان الشروع في الجنح غير معاقب عليه الا اذا ورد نص بذلك.

اما الشرط الثاني فيتعلق بمدة العقوبة المقررة على ارتكاب الجنحة فيجب ان تتجاوز الثلاثة اشهر اما اذا كان ثلاثة اشهر أو اقل من ذلك فيمتنع على مأمور الضبط القضائي القبض على مرتكب الجنحة، والعبرة في عقوبة الجنحة هي في نص القانون لا بما يحكم به القاضي.

---

1 – د. محمد سعيد نمور – دراسات في فقه القانون الجنائي – دار الثقافة للنشر والتوزيع– 2004 – ص497..

بقي ان اشير الى ان نص المادة (49) من قانون الاجراءات الجنائية المصري والتي تجيز لمأمور الضبط القضائي الحق في تفتيش المتهم او أي شخص موجود اثناء تفتيش منزل المتهم اذا قامت قرائن قوية على انه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الحقيقة، وبما ان المادة (41) من الدستور المصري لا تجيز القبض والتفتيش في غير حالات التلبس الا بأمر يصدر من القاضي المختص او النيابة، فقد قضت محكمة النقض بان المادة (49) من قانون الاجراءات الجنائية مخالفة لنص المادة (41) من الدستور لذلك فانها تعتبر منسوخة ضمناً بقوة الدستور نفسه منذ تاريخ العمل باحكامه دون تربص صدور قانون ادنى ولا يجوز الاستناد اليها في اجراء القبض والتفتيش منذ ذلك التاريخ[1]

اما فيما يتعلق بتفتيش المنازل فقد اعطى المشرع الاردني اعضاء الضابطة العدلية تفتيش منزل المشتكى عليه، حيث نصت المادة 46 من قانون اصول المحاكمات الجزائية على انه(ان موظفي الضابطة العدلية المذكورين في المادة (44) ملتزمون في حال وقوع جرم مشهود او حالما يطلبهم صاحب البيت ان ينظموا ورقة الضبط ويستمعوا لافادات الشهود وان يجروا التحريات وتفتيش المنازل وسائر المعاملات التي في مثل هذه الاحوال من وظائف المدعي العام، وذلك كله طبقاً للصيغ والقواعد المبنية في الفصل الخاص باجراء وظائف المدعي العام) والجدير بذكر ان حالة الجرم المشهود لا تسمح لاعضاء الضابطة العدلية الا بتفتيش منزل المشتكى عليه دون سواه، وذلك عكس ما هو عليه الحال عند اجراء التفتيش على الاشخاص اذ يصح تفتيش شخص المشتكى عليه كما يصح تفتيش غيره، اذا اتضح من امارات قوية انه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقة.[2]

اما فيما يتعلق بتفتيش المنازل في حالة التلبس في التشريع المصري فقد اجازت المادة 47 من قانون الاجراءات لمأمور الضبط في حالة التلبس بجناية او جنحة ان يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الاشياء والاوراق التي تفيد في كشف

---

1 – د. عبدالاله النوايسه – مرجع سابق – ص363.

2 – د. محمد سعيد نمور – اصول الاجراءات الجزائية – شرح لقانون اصول المحاكمات الجزائية – الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان 2004 ص 502.

الحقيقة اذا ما اتضح له من امارات قوية انها موجودة فيه دون حاجة للحصول على اذن مسبق من السلطة المختصة بالتحقيق.

الا ان المحكمة الدستورية في مصر قضت بتاريخ 2 /يوليـو / 1984 بعـدم دستورية المادة (47) لمخالفتها المادة (44) من الدسـتور والتـي حظـرت دخـول المنازل وتفتيشها الا بامر قضائي مسبب.

التفتيش في حالة القبض

اعطت المادة 99 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الحق لعضو الضابطة العدلية ان يأمر بالقبض على المشتكى عليه الذي توجد دلائل قويـة وكافيـة علـى اتهامه في الحالات التالية:

اولاً: في الجنايات.

ثانياً: في احوال التلبس بالجنح اذا كان القانون يعاقب عليها لمدة تزيد علـى سـتة اشهر.

ثالثاً: اذا كانت الجريمة جنحة معاقباً عليها بالحبس وكان المدعى عليـه موضـوعاً تحت مراقبة الشرطة، او لم يكن له محل اقامة ثابت ومعروف.

رابعاً: في جنح السرقة والغصب، والتعدي الشديد، ومقاومة رجال الشـرطة بـالقوة وبالعنف، والقيادة للفحش وانتهاك حرمة الاداب).

وعلى الرغم ان المشرع الاردني لم ينص صـراحة علـى جـواز تفتـيش المقبوض عليه وفقاً لنص المادة السابقة، فأنه لا يوجد ما يمنـع مـن تفتيشـه لان التفتيش نتيجة طبيعية للقبض، ولا يعتبر في هذه الحال من قبيل التفتـيش الوقـائي، لان الهدف منه البحث عن ادلة الجريمة، فالتفتيش الذي يجريـه افـراد الضـابطة العدلية، للمقبوض عليه في جرم السرقة مثلاً، قد يؤدي الى العثـور علـى سـلاح يخفيه، وهذا الدليل يؤثر على وصف الجريمة، ذلك ان حمل السلاح ظـرف مشـدد

للعقوبة، كما ورد في المادة 404 و406 من قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960[1].

اما المشرع المصري فقد اجاز في المادة (46) من قانون الاجراءات الجنائية المصري لمأمور الضبط القضائي تفتيش الشخص في احوال القبض عليه قانوناً،وفقاً للمادة (34) من ذات القانون.

وقد ثار خلاف فقهي حول نوع التفتيش الذي يتم بناء على القبض فذهب رأي الى القول (بان المقصود هنا بالتفتيش هو التفتيش الوقائي، ويرى ان نص المادة (46) جزء من عملية القبض ذاتها للتغلب على مقاومة المتهم والاحتياط لمنع عدوانه او ايذائه لنفسه وتجريده لما معه من سلاح، اما التفتيش القانوني الذي يقصد به ضبط الاشياء التي تفيد التحقيق فيخضع للقاعدة العامة في تفتيش المساكن، ولذلك فهو محظور على مأموري الضبط في غير حالة التلبس[2].

ويذهب الدكتور الحسيني مع غالبية الشراح الى ان القبض الصحيح يجيز لمأمور الضبط القضائي تفتيش المقبوض عليه للبحث عن ادلة الجريمة دون ان يقتصر على التفتيش الوقائي المباح دون حاجة الى نص صريح[3]

واخيراً لابد من الاشارة الى مدى جواز تفتيش الشخص عند استيقافه.

يعرف الاستيقاف بانه ايقاف انسان وضع نفسه موضع الريبه في سبيل التعرف على شخصيته وهو مشروط بأن لاتتضمن اجراءاته تعرضاً مادياً للمتحري عنه يمكن ان يكون فيه مساس بحريته الشخصية او اعتداء عليه[4].

1- ومن الجدير بالذكر أن محكمة التمييز اجازت التفتيش المستند للقبض حيث جاء في قرار لها (أن عملية القاء القبض على المميز وتفتيشه ماهي الاوسيلة للبحث عن الدليل) – تميز جزاء رقم 2001/636 المجلة القضائية لسنة 2000، تاريخ 2000/7/31

2 – د. توفيق الشاوي، بحث ((سلطة مأموري الضبط القضائي في تفتيش الشخص في غير حالة التلبس، مجلة المحاماة، س32، عدد8، ابريل 1952، ص1198.

3 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص193، وفي هذا المعنى د. رؤف عبيد مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري طبعة اولى 1970 – ص49 د. عمر السعيد رمضان – مبادئ الاجراءات الجنائية – سنة 1967 – 1986 – ص245.

4 – نقض 143 يناير كانون الثاني 1964، مجموعة احكام النقض س15 رقم 11 ص72.

فالاستيقاف منوط باعضاء الضابطة العدلية(مأموري الضبط القضائي). ولا يوجد نص في قانون اصول المحاكمات الجزائية يجيز الافراد الضابطة العدلية استيقاف الاشخاص ولكن لا يوجد ما يمنعهم من ذلك اثناء القيام باعمالهم باعتبارها من اجراءات الاستقصاء والتحري المخولة للضابطة العدلية بموجب المادة السابعة من الاصول الجزائية..

اما عن جواز تفتيش الاشخاص عند استيقافهم؟

فقد كان موضع خلاف فقهي، فيرى الدكتور رءوف عبيد ان الاستيقاف يجيز التفتيش الوقائي لانه ما دام الاستيقاف يسمح باقتياد الشخص المستوقف الى قسم الشرطة فيجوز تفتيشه وقائياً لتجريده مما قد يحمله من اسلحة واشياء قد يستعملها في الحاق الاذى بنفسه او بغيرة[1].

في حين يرى الدكتور الحسيني بعدم جواز تفتيش المستوقف وقائياً لان ذلك يهدر الخيط الرفيع الذي يفصل بين القبض والاستيقاف فيصبح الاستيقاف قبضاً مشروعاً دون توافر شروط القبض المنصوص عليها في المادة (34) من قانون الاجراءات الجنائية[2].

ويرى استاذنا الدكتور نظام المجالي – أنه يجوز استيقاف الاشخاص لفحص هويتهم واستيضاح وجهتهم – ولا يجوز الا اذا وضع الشخص نفسة موضع الريبة والشك – الامر الذي يضطر معه موظف الضابطة لايقافة والتحقق من هويتة، كما ينبغي على موظف الضابطة العدلية الا يمارس أي اجراء اخر من شأنة المساس بحرية الفرد الشخصية، فالاستيقاف لا يجيز الاعتداء على الحريات ولا يجيز تفتيشة[3]

وارى ان الاستيقاف وان كان اجراءً ادارياً من اجراءات الضبط الاداري التي تهدف الى منع وقوع الجرائم الا انه لا يوجد ما يمنع من تفتيش الشخص

---

1 – د. رؤف عبيد – المشكلات العملية – مرجع سابق – ص 83.

2 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 178.

3 – د. نظام المجالي – الاجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الانسان – اعداد د. محمود بسيوني و د. عبدالعظيم الوزير – تقرير الاردن – ص94.

المستوقف وقائياً اذا تبين لرجل الضابطة العدلية بان هذا الشخص يحوز اسلحة او اشياء يمكن ان يستعملها لايذاء نفسة او غيرة بها ويجب ان لا يتجاوز رجل الضابطة العدلية حدود التفتيش الوقائي فاذا تجاوز ذلك بطل التفتيش.

9.1 السلطة المختصة بالتفتيش

ان الاختصاص بالتفتيش يختلف من دولة الى اخرى بحسب ما اذا كانت تلك الدولة تأخذ بمبدأ الفصل بين الادعاء والتحقيق او انها تدمجهما معاً.

والتفتيش كاجراء تحقيقي لا يجوز مباشرته الا من قبل السلطة المختصة بالتحقيق وهذا يعني أنه لا يجوز للضابطة العدلية القيام به، ولكن المشرع خول الضابطة العدلية اجراء التفتيش في حالات استثنائية خشية ضياع الادلة[1] لذا سانتاول اختصاص النيابة العامة ثم اختصاص الضابطة العدلية في التفتيش.

اولاً: اختصاص النيابة العامة بالتفتيش

النظام التشريعي الاردني يأخذ بمبدأ الجمع بين سلطتي التحقيق والادعاء. فالنيابة العامة هي المختصة بالتحقيق والادعاء بواسطة قضاه يرتبطون بقاعدة التبعية والتسلسل الاداري بوزير العدل وفقاً للمواد من الثامنة وحتى المادة 137 من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

والنيابة العامة تملك حق تفتيش المنازل بواسطة المدعي العام في حالة وقوع الجرم المشهود (م33) من قانون اصول المحاكمات الجزائية، وهي تقابل المادة (29) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري الا ان الاختصاص بالتفتيش وفقاً للنص السوري منوط بالنائب العام.

كذلك يملك المدعي العام حق تفتيش المنازل بناء على طلب صاحب المنزل وفقاً لنص المادة (42) من قانون اصول المحاكمات الجزائية وفي التشريع السوري فان النائب العام هو من يقوم بهذا التفتيش (م 42) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري.

1- فاروق الكيلاني – محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني والمقارن – الجزء الثاني – الطبعة الثانية 1985– ص416 1

وللمدعي العام صلاحية تفتيش جميع الامكنة التي يحتمل وجود اشياء واشخاص يساعد اكتشافها او اكتشافهم على ظهور الحقيقة وهذا ما نصت علية الماده 82 من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

وذهب رأي الى ان كلمة التحريات الواردة في المادة (82) ينصرف مدلولها الى التفتيش ذلك ان المادة (81) السابقة للمادة (82) تنظم احكام تفتيش المنازل والمادة (83) اللاحقة لها تبين الاشخاص الواجب حضورهم اثناء التفتيش[1] ويذهب رأي اخر الى القول ان المادة (82) منحت المدعي العام حق التفتيش في جميع الامكنة التي لا تأخذ حكم المنازل، فالتحري في المكان يعني تخطيه ودخوله والبحث فيه، وبما ان المادة (82) اشترطت لاعمالها مراعاة ما ورد في المادة (81) والتي اوجبت لدخول المنازل وتفتيشها ان يكون الشخص الذي يراد تفتيش منزله مشتبهاً فيه بانه فاعل جرم او شريك او متدخل فيه او حائز لاشياء تتعلق بالجرم او مخفي لشخص مشتكى عليه واعمال هذه المادة يعني ان استثناء المنازل من عداد الامكنة التي ورد النص عليها في المادة (82) لان القول بغير ذلك يجعل المادة (81) غير ذات لزوم كما انه يضعف الضمانات المقررة لتفتيش المنازل. حيث ان عبارة الاشتباه التي تبرر تفتيش منزل المشتكى عليه وغيره من الاشخاص اكثر ضماناً من عبارة الاحتمال الورادة في المادة (28).[2]

وارى ان هذا الرأي هو الاقرب للصواب ذلك ان تفسير النصوص كمجموعة واحدة يستلزم استثناء تفتيش المنازل من نص المادة (82).

اما بالنسبة لتفتيش الاشخاص فالمدعي العام يملك تفتيش الشخص سواء كان مشتكى عليه او غير مشتكى عليه اذا اتضح من امارات قوية أنه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقة استناداً لنص المادة (86) من قانون اصول المحاكمات الجزائية، وفي قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري فان قاضي التحقيق يملك تفتيش المدعى عليه وله ان يفتش غيره اذا اتضح من امارات قوية انه يخفي اشياء تفيد

1- د. رفاعي السيد – ضمانات المشتكى عليه في التحقيق الابتدائي (دراسة مقارنة) منشورات جامعة آل البيت – 1997 – ص 132.

2- د. عبدالإله النوايسه – مرجع سابق – ص 336.

في كشف الحقيقة استناداً لنص المـــادة (194) مـــن قـــانون المحاكمـــات الجزائيـــة السوري[1].

ثانياً: اختصاص الضابطة العدلية بالتفتيش

منح المشرع الضابطة العدلية حق التفتيش في حالات استثنائية وردت علـــى سبيل الحصر، لدواعي الاستعجال والضرورة وضبط ادلة الجريمة قبـــل ضـــياعها وفقدان معالمها.

وهذه الحالات هي:

1- الجرم المشهود

لم ينص قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني وكذلك السوري على حق موظف الضابطة العدلية بتفتيش الشخص المقبوض عليه في الجرم المشهود بيد انه لما كان تفتيش شخص المقبوض عليه اجراء اقل خطورة مـــن القـــبض، وان الاول من مستلزمات الثاني فان لافراد الضابطة العدلية تفتيش الشخص المقبـــوض عليـــه ولهم تفتيش المنازل في هذه الحالة استناداً لنص المادة (46) مـــن قـــانون اصـــول المحاكمات الجزائية الاردني.

2- الجرم الواقع داخل المنزل

اجازت المادة (44) من قانون اصول المحاكمات الجزائية لموظفي الضابطة العدلية تفتيش المنازل اذا وقعت جريمة داخل البيت وطلبهم صاحب البيت لاجـــراء تحقيق بشأنها عملاً باحكام المادة (46) من ذات القانون.

بالاضافة الى ذلك فان لموظف الضابطة العدلية تفتيش الشـــخص المقبـــوض عليه استناداً لنص المادة (99) من قانون اصول المحاكمات الجزائيـــة دون تفتـــيش منزله الا بناء على موافقته[2].

---

1 – انظر المادة (94) من قانون الاجراءات الجنائية المصري والمادة (94) من قـــانون اصـــول المحاكمـــات الجزائية اللبناني.

2 – د. محمد سعيد نمور – دراسات في فقه القانون الجنائي – مرجع سابق – ص507

10.1 محل التفتيش

محل التفتيش هو المستودع او الوعاء الذي يحتفظ فيه الانسان بالاشياء التي تتضمن العناصر المادية للجريمة، وقد يكون هذا المحل هو الشخص اومسكنه، الامر الذي يقضي بدراسة القيود الواردة في تفتيش الشخص او مسكنه، ثم لا بد من الحديث عن تكييف المراقبة الهاتفية من حيث اعتبارها تفتيشاً، وكذلك مدى مشروعية تفتيش الرسائل.

ولكن قبل ذلك لا بد من الاشارة بايجاز الى شروط محل التفتيش :

شروط محل التفتيش

لا بد من توافر شرطين في محل التفتيش الاول ان يكون المحل معيناً ومما يجوز تفتيشة ثانياً.

اولاً: ان يكون المحل معيناً.

التفتيش او الاذن به اجراء تحقيقي، الغرض منه كشف الحقيقة بالبحث عن عناصر الاثبات في جناية او جنحة وقعت يباشر حيال شخص ما او حيال غيره ممن توفرت التحريات الكافية على ان لديه ما يفيد في معرفة الحقيقة[1].

والتفتيش قد يرد على المنازل او على غيرها من الاماكن الخاصة التي لا يباح دخولها بغير اذن كعيادة الطبيب ومكتب المحامي، وتأخذ المحلات العامة حكم الاماكن الخاصة كالمقاهي والمستشفيات في تطبيق احكام التفتيش في الاوقات التي لا يباح فيها للجمهور دخولها [2].

اما تفتيش الاشخاص فيشمل التفتيش، جسده، ملابسه، وما يحمله من امتعه، فالشخص او المسكن الذي يباشر التفتيش فيه يجب ان يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة، واذا كان المحقق يملك ان يفتش أي مكان من اجل كشف الحقيقة فلا يعني ذلك ان يملك اصدار امر تفتيش "عام لكل المواطنين في جهة معينة، انما المقصود انه يملك تفتيش أي مكان تتوفر في شأنه القرائن التي تبيين احتوائه على ادلة تفيد في كشف الحقيقة[3].

---

1 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 234.

2 – د. حسن جو خدار – مرجع سابق – ص 370.

3 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص209

وينبغي ان يكون المحل محدداً كذكر عنوان المسكن ولو حصل خطأ في اسم القاطنين فيه، واذا صدر اذن تفتيش شخص معين ومسكنه ولم يحدد مسكناً معيناً فأنه يكون شاملاً لمسكنه ولو تعدد[1].

ثانياً :- ان يكون المحل مما يجوز تفتيشه

الاصل انه متى توافرت شروط التفتيش فانه يمكن اجرائة في كافة الاماكن التي تحتوي على عناصر الاثبات المادية للجريمة الا ان المشرع اضفى على بعض الاماكن حرمة خاصة، وذلك بجعلها بمنأى عن اجراءات التحقيق ومنها التفتيش وترجع هذه الحرمة الى اعتبارات دوليه او دستورية او فردية.

وهنا لا بد من التعرض لهذه المحال التي تتمتع بالحصانه والتي تقف سدا منيعاً أمام سلطات التحقيق من القيام بأعمالها.

أ- الحصانة الدبلوماسبية

وهي مقررة بالعرف الدولي، لتمكين المبعوث الدبلوماسي من أداء مقتضيات وظيفته في الدولة التي اوفد إليها، ورعاية لما تستوجبة اللياقة فى التعامل بين الدول،وهى ليست سبب اباحة، وانما مانع من اتخاذ الاجرءات الجنائية[2] غير ان تلك الحصانة لا تحيط الا بالمبعوث التى يتمتع بها الصفة الدبلوماسية،فان فقد صفتة زالت عنة كافة الامتيازات ومن بينها الحصانة الجنائية [3].

وقد جاءت اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لتؤكد مبدأ الحصانة الدبلوماسية التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي وكذلك دار البعثة حيث جاء في نص المادة 22 م الاتفاقية ما يلي: "تكون حرمة دار البعثة مصونة، ولا يجوز لماموري الدولة المعتمدة لديها دخولها الا برضاء رئيس البعثة "كما وتشمل الحصانة منزل المبعوث الدبلوماسي م30 من اتفاقية فينا " وكذلك فان مقر البعثة الذي يحظر تفتيشه يمكن ان يمتد ليشمل جميع الدوائر والهيئات الملحقة بهذا المقر والمشغولة لغرض الاعمال

---

1 - د. عبدالمهيمن بكر - مرجع سابق - ص 235.

2 - د. عبدالمهيمن بكر - مرجع سابق - ص 219.

3 - د. سامي الحسيني - مرجع سابق - ص 210.

الدبلوماسية، ولا يجوز مراقبة المحادثات الهاتفية التي يجريها اعضاء البعثة الدبلوماسية مع دولهم م 27 اتفاقية فينا".

ب- الحصانة البرلمانية

يتمتع اعضاء مجلس النواب بحصانة خاصة تمنع اتخاذ اجراءات بحقهم دون اذن من المجلس خشية ان يتهم النائب كيدا من السلطة التنفيذية، وقد نصت المادة 86 من الدستور الاردني على هذه الحصانة حيث جاء فيها "لا يوقف احد اعضاء مجلسي الاعيان والنواب، ولا يحاكم خلال مدة اجتماع المجلس مالم يصدر من المجلس الذي هو منتسب اليه قرار بالاكثرية بوجود سبب كافي لتوقيفه او لمحاكمته او لم يقبض عليه في حالة التلبس بجريمة جنائية وفي حالة القبض عليه بهذه الصورة يجب اعلام المجلس بذلك فوراً"

من خلال هذا النص يتبين ان الحصانة البرلمانية تهدف الى بث الطمأنينة لدى عضو مجلس الامة حتى ينصرف لاداء واجباته في خدمة المصلحة العامة دون خوف من تغول السلطة التنفيذية عليه، ورغم ان النص جاء صريحاً على حظر القبض على عضو مجلس الامة من تغول السلطة التنفيذية وتأكيداً لمبدأ الفصل بين السلطات. الا انني ارى ان هذه الحصانة تشمل التفتيش باعتبارة من الاجراءات المقيدة للحرية.

وهذه الحصانة التي يتمتع بها العضو مجلس الامة قاصرة على فترة انعقاد المجلس.

ثالثاً: حق الدفاع

اذا كانت مصلحة المجتمع تقتضي الكشف عن الحقيقة وضبط الادلة المتعلقة بالجريمة، مما يبرر الاعتداء على حق السر واجراء تفتيش الاشخاص والمساكن والرسائل فان المصلحة العامة لا يمكن حمايتها الا اذا كان حق المتهم في الدفاع عن نفسه بمنأى عن أي اعتداء[1] لذلك حظرت المادة 152 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني اثبات واقعة بالرسائل المتبادلة بين المتهم ومحامية وكذلك جاء في نص المادة 96 من قانون الاجراءات الجنائية المصري "لا يجوز لقاضي التحقيق ان

---

1 - د. محمود محمود مصطفى – الاثبات في المواد الجنائية / القاهرة 1977 - ص32.

يضبط لدى المدافع عن المتهم او الخبير الاستشاري الاوراق والمستندات التي سلمها المتهم لهما لاداء المهمة التي عهد بها اليهما، ولا المراسلات المتبادلة بينهمـــا فـــي القضية".

كذلك تمتد هذه الحصانة لتشمل المحادثات التلفونية بين المتهم ومحاميه فـــلا يجوز التصنت عليها او مراقبتها ما دامت تتعلق بحق الدفاع.

وهذه الحصانة متعلقة بحق الدفاع فلا تشمل مكتب المحامي اذ يجوز تفتيشـــه اذا كان المحامي متهماً بارتكاب جريمة وتوفرت التحريات على ان في مكتبـــه مـــا يجري البحث عنه، اللهم في هذه الحالة يجب مراعاة المادة 4/40 من قـــانون نقابـــة المحاميين رقم السنة 1972 والتي تستوجب اخطار النقابة عن تسجيل قضية جزائيـــة بحق المحامي.

ويلاحظ هنا ان التشريع المصري اكثر تطوراً من التشـــريع الاردنـــي فـــي الضمانات التي يوفرها عندما يتعلق الامر بتفتيش مكاتب المحامي حيث نصت المادة 51 من قانون المحاماة المصري على انه "لا يجوز التحقيق مع محـــامي او تفتـــيش مكتبة الا بمعرفة احد اعضاء النيابة العامة" اما في التشريع الاردني فلم يـــرد فـــي المادة 5/40 من قانون المحاميين ما يوجب اجراء تفتيش مكاتب المحاميين بواســـطة المدعي العام.

تفتيش المساكن

يعرف المسكن: بانه الماوى الذي يقيم فيه الانسان او المكان الذي يعد لسكناه حتى ولو لم يكن فيه وهو مستودع اسراره ومكان راحته[1]

وقد نصت قوانين اغلبية الدول على حصانة المنزل، فالمادة العاشـــرة مـــن الدستور الاردني نصت على انه (للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشـــها الا في الاحوال المبينة في القانون). وهذه المادة تقابل المادة (14) من الدستور اللبناني.

وقد عرف المشرع الاردني المنزل في المادة الثانية مـــن قـــانون العقوبـــات بقوله (تعني عبارة بيت السكن او المحل المخصص للسكن او أي قسم مـــن بنايـــة اتخذه المالك او الساكن اذ ذاك مسكناً له ولعائلته وضيوفه وخدمة لاي منهم، وان لم

---

1 – د. محمود محمود مصطفى – الاثبات في المواد الجنائية – القاهرة 1977 – ص32.

يكن مسكوناً بالفعل وقت ارتكاب الجريمة، وتشمل ايضاً توابعه وملحقاته المتصلة التي يضمها معه سور واحد).

وتفتيش المنزل كاجراء من اجراءات التحقيق يعني الدخول فيه للبحث عن ادلة في جناية او جنحة وقعت، متى توفرت التحريات الكافية على نسبتها لمتهم معين، وعلى ان بمسكنه ما يفيد في كشف الحقيقه.

ويجب لصحة التفتيش ان يباشر من خوله القانون ذلك بنفسه، أي ان تفتيش المنازل يجب ان يتم بمعرفة المدعي العام او بمعرفة موظف الضابطة العدلية، ولا يجوز لهذا الاخير ان يوكل امر التفتيش الى احد غيره ولكن يجوز له ان يستعن باعوانه بشرط ان يتم ذلك في حضوره وتحت اشرافه.[1]

اما الاماكن العامة التي يباح للجمهور دخولها دون تمييز فلا تصلح ان تكون مستودعاً للسر، لذلك لا تضفى عليها الحماية المقررة للمساكن. غير ان هناك اماكن مع انها لا تستخدم للسكن الا ان حائزها قد يتخذ منها وعاء لاسراره لان دخولها يقتصر على فئات معينه، كمكاتب المحامين وعيادات الاطباء، فهل مفهوم السكن يشملها [2].

ذهب رأي للقول ان كلمة السكن تتسع لتشمل كافة الاماكن الخاصة حتى ولو لم تكن مخصصة للسكن كمكتب المحامي[3]، فهذه الاماكن ليس لها صفة العمومية باعتبار ان دخولها مقتصر على فئات معينه، وبالتالي فان لها حرمة السكن.[4]

وذهب رأي اخر للقول بان هذه الاماكن ليست لها حرمة المساكن وان حرمتها مستمده من اتصالها بحائزها، فيجوز تفتيشها كلما كان التفتيش لحائزها جائزاً[5]

---

1 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 206.

2 – د. عبدالاله النوايسه – مرجع سابق – ص 318.

3 – د. ادوارد غالي الذهبي – الاجراءات الجنائية في التشريع المصري – الطبعة الاولى 1980.

4 – د. رؤف عبيد – مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري – مرجع سابق ص371 والدكتور عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص371.

5 – د. عمر السعيد رمضان – مبادئ الاجراءات الجنائية – دار النهضة العربية 1993، ص327.

واخيراً لابد من التعرض لتفتيش السيارات وهل تعد السيارة من توابع المنزل ام الشخص؟. والامر هنا يتعلق بالسيارات الخاصة لا العامة لان السيارة العامة تأخذ حكم المحلات العامة من حيث جواز دخولها من قبل رجال الضابطة العدلية فذهب رأي الى اعتبار السيارة الخاصة تتمتع بحرمة خاصة فاذا كانت مستقرة في المسكن او في ملحقاته، فانه يراعي بشأنها قواعد تفتيش المسكن ذاته، اما اذا كانت في الطريق العام فانها تتمتع بالحرمة الشخصية لصاحبها، وتنطبق عليها حينئذ ضمانات تفتيش الاشخاص[1] في حين ذهب راي اخر الى القول ان السيارة الخاصة تتمتع بحرمة المسكن سواء كانت داخله اما في خارجه[2] وارى ان السيارة تعد من توابع الشخص لا المنزل وبالتالي تخضع للتفتيش وفقاً للقواعد الواجب توافرها لتفتيش الاشخاص.

تفتيش الاشخاص

اولاً: تفتيش المشتكى عليه

يقصد بتفتيش الشخص البحث في جسمه وملابسه للحصول على الشئ المراد ضبطة.

واذا كان القانون لم يضع قواعد خاصة في شأن تفتيش الاشخاص، وانما اقتصر على تنظيم تفتيش المساكن لكن تفتيش الاشخاص كتفتيش المساكن اجراء من اجراءات التحقيق لا يصح ان تأمر به سلطة التحقيق الا بشأن جريمة وقعت وقامت القرائن على نسبتها لشخص معين[3].

ولم يتطلب المشرع الاردني في تفتيش الاشخاص ذات القواعد التي تطلبها في تفتيش المساكن، حيث اكتفى المشرع الاردني في المادة 86 من قانون اصول المحاكمات الجزائية في تفتيش المتهم او غيره بتوفر امارات قوية على انه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقة.

---

1 – د. فوزية عبدالستار– شرح قانون الاجراءات الجنائية – دار النهضة العربية 1986 – ص 279.

2 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 238.

3 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 238.

وتفتيش الشخص يتضمن الفحص الخارجي لجسمه، وذلك بتحسس مناطق جسمه وبنزع ملابسه دون كشف لعوراته، لان في ذلك منافاة للاخلاق، فضلاً عن انه يؤدي الى الكشف عن عيوب خلقية في الانسان مما لا يرغب في ان يطلع احد عليها[1].

وللقائم بالتفتيش ان يعمل على اخراج المخدر الذي وضعه الشخص في فمه وله في ذلك استعمال القوة بالقدر اللازم ولا يعد ذلك اكراهاً يعيب التفتيش[2] وياخذ حكم التفتيش غسيل معدة المتهم لاستخراج متحصلاتها فيترتب على القائم بالتفتيش اذا راى المتهم يبلع المخدر ان يندب طبيباً لاستخراجه وليس لمن تم اخراج المخدر من معدته ان يدفع بالاكراه ما دام انه كان بالقدر اللازم لتنفيذ الاجراء.[3]

ولا يعد الفحص النفسي من قبيل التفتيش وذلك ان التفتيش يهدف الى ضبط الادلة المادية للجريمة، والمعول عليه في الفقه ان فحص الحالة النفسية بالاساليب التي يقترحها القانون يفيد في تحديد مسئولية الشخص عن السلوك الاجرامي باعتبارة نوعاً من الخبرة[4]. وقد ثار خلاف فقهي حول ما اذا كان فحص الدم والبول من قبيل التفتيش ام لا.

فذهب جانب من الفقه الفرنسي للقول ان فحص الدم وان كان تضمن اعتداء على جسم الانسان الا ان النصوص تبيحه فهو جائز بوصفه تفتيشاً[5] في حين يرى جانب من الفقه ان تحليل الدم وكذلك البول ليس تفتيشاً بالمعنى القانوني، وهو اقرب الى ان يكون من اعمال الخبرة لسببين:

أ- ان تحليل الدم والبول يتم غالباً بمجرد قيام قرائن الاتهام قبل مقترف الجريمة؟، بينما التفتيش يلزم مباشرته ادلة قوية تؤيد هذا الاتهام قبل التفكير في اجرائه.

---

1 – د. محمد الطراونه – مرجع سابق – ص 105.

2 – نقض 4 فبراير (شباط) 19ع56 مجموعة احكام النقض س17 رقم 114 ص317.

3 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 243.

4 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 243.

5 – د. الشهاوي – صلاحيات رجل الشرطة – مجلة الامن العام – القاهرة – ابريل 1974 – ص 37.

ب- ان تحليل الدم والبول من اختصاص الطبيب المختص والطبيب لا يتمتع بأي صفة قضائية، وارى ان تحليل الدم والبول من اعمال الخبرة لذات الحجج التي ساقها الراي الثاني.

اما غسيل المعدة اذا استهدف الوصول الى دليل مادي منتج في اظهار الحقيقة فانه يعد تفتيشاً بالمعنى القانوني، اذ فيه مساس بحق السر، فضلاً عما يكتنف غسيل المعدة من اكراه واجبار، كل ما هنالك ان لا يكون من شأن هذا الاجراء الاضرار بالمتهم صحياً، ولذلك لا يقوم به الا طبيب مختص تحت اشراف المحكمة[1].

ثانياً: تفتيش غير المشتكي عليه: يجوز تفتيش غير المشتكى عليه اذا توافرت امارات قوية بانه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقية وقد نصت على ذلك المادة 86 من قانون اصول المحاكمات الجزائية على انه "للمدعي العام ان يفتش المشتكى عليه وله ان يفتش غيره اذا اتضح من امارات قوية انه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقة".

كما اجازت المادة 97 من ذات القانون لموظفي الضابطة العدلية تفتيش الاشخاص الموجودين في المنزل اثناء تفتيش المنزل في حال الاشتباه بهم بانهم يخفون مواد يجرى البحث والتحري عنها وتفيد في كشف الحقيقة.

فالشروط الواجب توافرها لتفتيش غير المشتكى عليه، هي توافر امارات قوية على أنه يخفي في ملابسة اوجسدة او الحقيبة التي يحملها اشياء تفيد في كشف الحقيقة او اشياء ممنوع حيازتها وبغير ذلك يكون التفتيش باطلاً ولا اثر له[2].

التكييف القانوني لمراقبة المحادثات الهاتفية

اولاً: الخلاف الفقهي

لقد ثار خلاف فقهي حول التكييف القانوني للمحادثات الهاتفية، من حيث اعتبارة نوع من التفتيش ام لا.

1- شريف بدوي – اسباب بطلان الضبط والتفتيش وفقاً لاحكام محكمة النقض ص 1982 دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 – ص 178.

2 – بتميز جزاء رقم 59/63 تاريخ 1959/11/9 الموسوعة الجنائية الاردنية الجزء الاول صفحة 443.

فقد ذهب اتجاه فقهي الى اعتبار المحادثات الهاتفية نوعاً من التفتيش، ودللوا على ذلك بقولهم ان التفتيش اعتداء على حق السر والقانون يحمي السر ايا كان وعاؤه فليست العبرة بالكيان المادي لوعاء السر، فقد يكون السر شيئاً مادياً يجوز ضبطه او شيئاً معنوياً يتعذر ضبطه الا اذا اندمج في كيان مادي كما هي الحال في المحادثات الهاتفية المسجلة على اشرطة التسجيل[1]، بالاضافة الى المادتين 95 و95 مكرر من قانون الاجراءات والتي تجيز الاولى لقاضي التحقيق والثانية لرئيس المحكمة الابتدائية مراقبة المحادثات الهاتفية وردت تحت الفصل الرابع الباب الثالث وعنوانه (في الانتقال والتفتيش وضبط الاشياء المتعلقة بالجريمة) [2]

في حين ذهب اتجاه فقهي اخر الى القول ان مراقبة المحادثات الهاتفية اجراء من نوع خاص، فهو اجراء يماثل التفتيش ولكنه ليس في الحقيقة تفتيشاً ودللوا على ذلك بعده حجج:

أ- ان التفتيش غايته العثور على الادلة المادية وضبطها بوضع اليد عليها وحبسها لمصلحة العدالة، اما الحديث التلفوني فليس له كيان مادي يمكن لمسه.

ب- ان المشرع وان تناول مراقبة المحادثات الهاتفية تحت عنوان (الانتقال والتفتيش وضبط المواد المتعلقة بالجريمة) فذلك ليس الا لان التفتيش اقرب الاجراءات الى المحادثات الهاتفية فضلاً عن ان المشرع في الغالب لا يمكنه ان يجعل عنوان الباب او الفصل متضمناً كل ما قتنه، هذا لا يمكن ان يعني بالضرورة ان مالم يذكره في العنوان من طبيعة ما وصفه فيه فالعبرة في الاجراء، هي بالخصائص المميزة الطبيعة الذاتية ومن ثم ما قيل في هذا الشأن لا قيمة له في تكييف تلك المراقبة بوصفها تفتيشاً[3].

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من مراقبة المحادثات الهاتفية

نصت المادة 18 من الدستور الاردني انه (تعتبر جميع المراسلات البريدية والبرقية والمخاطبات الهاتفية سرية فلا تخضع للمراقبة او التوقيف الا في الاحوال

---

1 – د. احمد فتحي سرور – الوسيط – ص 608.

2 – د. محمود محمود مصطفى ((شرح قانون الاجراءات الجنائية)) طبعة تاسعة – سنة 1964 – ص 284.

3 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 354،353.

المبينة في القانون)، واعطت المادة 88 من قانون اصول المحاكمات الجزائية للمدعي العام مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائده في اظهار الحقيقة، ولم يتطلب المشرع الاردني ذات الشروط التي تطلبها المشرع المصري في هذا الخصوص في المادة 95 من قانون الاجراءات، والتي اوجبت لصحه مراقبة المحادثات الهاتفية ان تكون الجريمة المرتكبة من نوع الجناية او الجنحة المعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة اشهر، وان تكون مدة المراقبة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة مماثلة وان يكون امر المراقبة مسبباً، واتمنى على مشرعنا الجزائي ان يأخذ بهذه الشروط عند اول تعديل للمادة 88 من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

اما المشرع اللبناني فلم يشر صراحة الى المحادثات الهاتفية، واعتقد انه اعتبرها من قبيل الرسائل الواردة في المادة (98) من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

ثالثاً: رأي الباحث

وارى ان الاتجاه الثاني للفقه، والذي اعتبر مراقبة المكالمات الهاتفيه اجراء من نوع خاص هو الاصوب لذات الحجج التي ساقها هذا الاتجاه.

ضبط الرسائل

مبدأ حرمة المراسلات من المبادئ الاساسية المتعلقة بالنظام العام، ومع ذلك فتلك الحرمة ليست مطلقة بل يمكن الخروج عليها استثناء لمصلحة التحقيق في الامور الجنائية، والضبط هو وضع اليد على الخطاب او الرسالة، دون الاطلاع على ما تحويه من سر، اما تفتيشها فيكون بالاطلاع عليها بالادراك لما تضمنته من سر يكشف الحقيقة[1]، ونظراً لاهمية الرسائل من الناحية الاجتماعية كونها مستودعاً للسر يعكس الافكار الخاصة – لذلك نجد ان القانون حين نظم اجراءات ضبط الرسائل تشدد من حيث السلطة التي تملك اتخاذ الاجراءات ومن طريقة التصرف في المراسلات بعد ضبطها [2].

---

1 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 344.

2 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 374.

ولكن ما مدى مشروعية ضبط وتفتيش الرسائل في القانون الاردني والمقارن؟ نصت المادة 88 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني "للمدعي العام ان يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود، ولدى مكاتب البرق كافة الرسائل البرقية متى كان لذلك فائدة في اظهار الحقيقة".

ويلاحظ ان نص المادة 88 من قانون اصول امحاكمات الجزائية لم تستلزم لضبط الرسائل والبرقيات سوى ان تكون ذات فائدة باظهار الحقيقة بعكس التشريع المصري والذي اوجب توافر عدة شروط لصحة هذا الضبط وذلك وفقاً المادة 95 من قانون الاجراءات الجنائية المصري، والتي اوجبت ان تكون الجريمة التي يجري التحقيق بشأنها من نوع الجناية او الجنحة المعاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر، وان يكون للضبط فائدة في اظهار الحقيقة ومسبباً وان تحدد المدة التي يمارس بها الضبط ابتداءاً بثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة او مدد اخرى مماثلة.[1]

لذا اتمنى على مشرعنا الاردني عند اول تعديل لقانون اصول المحاكمات الجزائية ان يحذو حذو المشرع المصري في استلزام توافر الشروط السالفة ذكرها لصحة ضبط الرسائل والبرقيات لقد قصر المشرع الاردني في المادة 2/89 من قانون اصول المحاكمات الجزائية حق الاطلاع على الرسائل والبرقيات على المدعي العام حيث جاء فيها "يطلع المدعي العام وحده على الرسائل والبرقيات المضبوطة حال تسلمة الاوراق في غلافها المختوم فيحتفظ بالرسائل والبرقيات التي يراها لازمة لاظهار الحقيقة او التي يكون امر اتصالها بالغير مضراً بمصلحة التحقيق ويسلم ما بقي منها الى المشتكى عليه او الى الاشخاص الموجهة اليهم".

---

1 – لقد خولت النيابة العامة في حق ضبط الرسائل والبرقيات بالاستناد للمادة 206 اجراءات مع قيد لم تشترطة المادة 95 اجراءات هو ان تحصل على اذن بذلك من القاضي الجزئي بعد اطلاعة على الاوراق وسماعة ان رأى لزوماً لذلك اقوال من يراد ضبط الخطابات والرسائل لديه، ولا يصح المساس بالخطابات والرسائل التي تكون متعلقة بحق الدفاع والتي تكون متبادله بينه وبين محاميه.

كما اجازت المادة 92 من قانون اصول المحاكمات الجزائية للمدعي العام ان ينتدب احد موظفي الضابطة العدلية لضبط الرسائل والبرقيات، لان ذلك اقل خطورة من الاطلاع على هذه الرسائل والبرقيات.

واخيراً نجد ان المشرع المصري اعطى للمحقق سواء قاضي التحقيق او عضو النيابة العامة المختص ان ينتدبا من يكلفانه من مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص بضبط الرسائل والبرقيات فاذا كان المختص هو قاضي التحقيق فله عند الضرورة ان يعهد لاحد اعضاء النيابة العامة، دون مأموري الضبط الفقضائي بفرز الاوراق، وهذا لا يتأتى الا بالاطلاع على الخطابات والرسائل وللقاضي ان يقدر ما يرى ضمه منها الى ملف الدعوى، وما يرى تسليمه لصاحب الشأن لعدم جداوة بالتحقيق.

وارى انه لا يوجد خلاف في ما تقدم مع ما هو منصوص عليه في التشريع الاردني وذلك بقصر حق الاطلاع على الرسائل والبرقيات على المدعي العام فالمشرع المصري لم يعط هذا الحق لمأموري الضبط القضائي وهم موظفي الضابطة العدلية في التشريع الاردني، بخلاف ما ذهب اليه الاستاذ احمد الهياجنة في رسالته والذي يدعي ان المشرع اسند الاطلاع على الرسائل والبرقيات للمدعي العام دون موظفي الضابطة العدلية على خلاف القانون المصري.(1)

وقد اجاز المشرع اللبناني في المادة (97) من قانون اصول المحاكمات الجزائية لقاضي التحقيق هو او الموظف الضابطة العدلية المنتدب وفقاً للاصول أن يضبط جميع الاشياء التي يراها ضرورية لاظهار الحقيقة، وان يطلع قاضي التحقيق على الرسائل والبرقيات المضبوطة حال تسلمه الاوراق في غلافها المختوم فيحتفظ بالرسائل والبرقيات التي يراها ضرورية لاظهار الحقيقة او التي يكون امر اتصالها بالغير مضراً بمصلحة التحقيق ويسلم ما بقي منها الى المتهم او الى الاشخاص الموجهة اليهم، وينبغي ان ترسل اصول الرسائل والبرقيات المضبوطة جميعها او

1- الاستاذ احمد الهياجنة – مرجع سابق – ص 110.

بعضها او صور عنها الى المتهم أو إلى الشخص الموجهة إليه في اقـرب فرصـة مستطاعةٍ إلا إذا كان أمر اتصالها بهم مضراً بمصلحة التحقيق[1].

11.1 استخلاص الشروط الشكلية للتفتيش

تطلب القانون إلى جانب الشروط الموضوعية للتفتيش توافر شروط شـكلية، والغرض من ذلك احاطة المتهم بضمانات تقف الى جانب الضمانات الموضـوعية لحماية الحرية الفردية وبعد ان استعرضنا في المبحث الثاني بشيء مـن التفصـيل الشروط الموضوعية للتفتيش، فسوف نتناول في هذا المبحث الشروط الشكلية التـي استلزم المشرع توافرها لصحة اجراء التفتيش.

وهذه الشروط منها ما يتعلق بحضور المشتكى عليه في حالة تعذر حضـور المتهم ومنها ما يتعلق بمحضر التفتيش وذلك بضرورة تدوين ما يتم من اجـراءات في المحضر وكذلك ما يسفر عنه التفتيش من ضبط ادلة تتعلق بالجريمة، ومنها مـا يتعلق بوجوب تفتيش الانثى بواسطة الانثى، وكذلك وقت اجراء التفتـيش حيـث ان بعض التشريعات حظرت اجراء التفتيش ليلاً.

12.1 نطاق تطلب حضور المشتكى عليه لاجراء التفتيش

من الضمانات الشكلية التي توجب التشريعات مراعاتها اثناء التفتيش حضور من يجري التفتيش في منزله، أو حضور اشخاص أخرين وذلك لتفادي التعسف فـي تنفيذ التفتيش لان المحقق يتردد في مخالفة القانون إذا حصل التفتيش بحضور هؤلاء الاشخاص، كما ان هذا الاجراء يدخل الاطمئنان الى نفس من يجري التفتـيش فـي مسكنه بأنه ينفذ وفق احكام القانون[2].

لقد نظم المشرع المصرى قواعد الحضور عند اجراء التفتيش فى المـادتين (92،51) م قانون الاجراءات الجنائية المصرى، وكذلك نظم المشرع الاردنى هـذة القواعد فى المواد (36،83،84،85) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني.

---

1 – د. ممدوح خليل العالي – حماية الحياه الشخصية في القانون الجنائي – رسالة دكتوراة – جامعة القاهرة – 1983 – ص 539.

2 – د. محمود نجيب حسني – شرح قانون الاجراءات الجنائية – دار النهضة العربية 1988 ص 663.

ولما كان القانون قد تناول فى النصوص المشار اليها احكام الحضور بالنسبة لتفتيش المسكن دون ان يتعرض الى هذة الاحكام فى حال تفتيش الاشـخاص فـان الامـر يستلزم البحث فى موقف الفقة والقضاء فى هذة المسالة.

مدى تطلب الحضور عند تفتيش المسكن

ان قاعدة تطلب حضور المشتكى عليه لاجراء التفتيش نصت عليـه المـادة 2،1/83 من قانون اصول المحاكمات الجزائية. فحضور الجاني بنفسه او بواسـطة من ينوب عنة اثناء التفتيش الذى يقع فى مسكنة من الضمانات المهمة التى اقرتهـا غالبية التشريعات [1] والقصد من ذلك ضمان الأطمئنان الى سلامة الإجراء وصحة الضبط.

وقد سوى المشرع الاردنى فى قاعدة الحضور فى حالة الجرم المشهود ومـا فى حكمة والتى توجب على موظف الضابطة العدلية وسنداً للمادة 46 مـن قـانون اصول المحاكمات الجزائية تفتيش المنازل واتخاذ سائر المعاملات التي هـي مـن وظائف المدعي العام، وذلك كله طبقاً للقواعد الصيغ المبينه في الفصـل الخـاص باجراء وظائف المدعي، حيث نصت المادة 36 من ذات القانون على انه:

"1- تجري في معاملات التفتيش المبينه في المواد السابقة بحضور المشتكي عليه موقوفاً او غير موقوف.

2- فان رفض الحضور او تعذر حضوره جرت المعاملة امام وكيلة او مختار محلته او امام اثنين من افراد عائلته او شاهدين يستدعيهما المدعي العام".

اما المشرع العراقي فقد نهج منهجاً خاصاً بخصوص الحضور حيث استلزم في المادة 82 من قانون اصول المحاكمات الجزائيـة العراقـي حضـور شـاهدين ومختار المحلة اومن يقوم مقامة، فلم يعلق حضور هؤلاء على حالة عـدم حضـور المتهم او من يندب عنه كما فعلت بقية التشريعات فقد اشـترط حضـورهم سـواء

---

1 – د. حسن بشيت خوين – ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتـدائي – الجـزء الاول – دار الثقافة للنشر و التوزيع 1998– ص125.

حضر المتهم او لم يحضر[1] اما المشرع المصري فقد نظم قواعد الحضـــور فـــي المادتين 51، 92 من قانون الاجراءات الجنائية، فالمادة 51 تنظم قواعد الحضور في التفتيش الذي يكون لمأمور الضبط القضائي القيام به في منزل المـــتهم فـــي حالـــة التلبس وتتطلب هذه المادة حضور المتهم او من ينوب عنه كلما امكـــن ذلـــك، والا وجب حضور شاهدين قدر الامكان من اقارب المتهم البالغين، او من القاطنين معـــه بالمنزل او من الجيران[2] واذا كان التفتيش قد قامت به ســـلطة التحقيـــق الابتـــدائي (قاضي التحقيق او النيابة العامة)، على المكان الخاص التـــابع للمـــتهم، وجـــب ان يحصل هذا التفتيش بحضوره فاذا لم يتيسر ذلك لغياب المتهم او رفضة الحضـــور، يتم التفتيش بحضور من ينوب عنه ان امكن ذلك (م 92 /1) من قانون الاجـــراءات الجنائية، فاذا تعذرت هذه الانابة سواء لرفض المتهم او لغيابة وعدم امكان الاتصال به مقدماً قبل التفتيش فحتى لا يضيع عنصر المفاجأة، امكن لسلطة التحقيق اجـــراء التفتيش بدون حضور احد [3] ويرى بعض الفقه – بانه ليس هناك اية قيمة تشريعية للتفرقة بين التفتيش الذي يجرية مامور الضبط القضائي بناء على اذن وبين التفتيش الذي يجرية بناء على السلطة الذاتية المخوله له في احوال التلبس ما دامت طبيعـــة التفتيش ونتائجه واحدة في كلتا الحالتين [4]

وإن كان الاصل ان يتم تفتيش منزل المتهم بحضوره او من ينيبه ان امكـــن ذلك (م51، 92) اجراءات جنائية الا انه اذا رفض المتهم الحضور او هرب وتعذرت الانابة، او بالادق استحالت، فيكون للقائم للتفتيش ان يباشره في غيبتـــه دون شـــائبه تعتريه.

---

1 – د. حسن بشيت خوين – مرجع سابق – ص 126 تنص المادة 82 من قانون المحاكمات الجزائية العراقي على انه يجري التفتيش بحضور المتهم وصاحب المنزل او المحل ان وجد وبحضور شاهدين مع مختـــار او من يقوم مقامه.....

2 – د. عبدالاله النوايسه – مرجع سابق – ص 337.

3 – د. احمد فتحي سرور – الوجيز في قانون الاجراءات الجنائية – الناشر دار النهضـــة العربيـــة 1981 – 1983 ص 365.

4 – في هذا الاتجاه سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 268.

اما اذا كان حاضراً توجه اليه الدعوى فان لم يحضر ولم ينب عنه غيره، فان مباشرة الاجراء في غير حضوره يكون باطلاً [1] اما القانون الاردني فنجد ان المادة 36 من قانون اصول المحاكمات الجزائية اعطت المشتكى عليـه موقوفـاً اوغيـر موقوف في حالة الجرم المشهود حق رفض حضور تفتيش منزله، اذ انه في حضور المدعي العام او الضابطة العدلية واشخاص اخرين كشهود على مجريات التفتـيش فضلاً على ان المشاهدة الفعلية للجريمة واثارها ما يزيد في الطمأنينة الـى حسـن اجراء التفتيش وسلامته ويغني عن حضور المشكي عليه[2]

وقد اوجب القانون عدم اعلام المشكي عليه مقدما باجراء التفتيش في منزلـه اذا لم يكن موقوفاً وذلك حتى لا يفقد التفتيش عنصر المفاجأة ويتيح للمـراد تفتـيش منزله نقل ما يراد الكشف عنه او التخلص منه م 84 من قانون اصول المحاكمـات الجزائية.

ولم يفرق المشرع الاردني وكذلك المصري فيما يتعلـق بقواعـد الحضـور سواء انصب التفتيش على منزل المشكى عليه او منزل غيره.

حيث جاء في نص المادة 92 من قانون الاجراءات الجنائية المصري ما يلي "واذا حصل التفتيش في منزل غير المتهم فيدعى صاحبه للحضور بنفسه او بواسطة من ينيب عنه ان امكن ذلك" وهذه المادة تقابـل المـادة 85 مـن قـانون اصـول المحاكمات الجزائية الاردني حيث جاء فيها:

"1- اذا وجب اجراء التفتيش في منزل شخص غير المشتكى عليـه يـدعى هـذا الشخص لحضور التفتيش.

2- فاذا كان غائباً او تعذر عليه الحضور يجري التفتيش بحضور مختار محلته او من يقوم مقامه او امام اثنين من اقاربه او شاهدين يستدعيهما المدعي العام"

وقد ثار تساؤل هنا وهو هل يشترط حضور المتهم اثناء التفتيش الذي يجري في منزل غيره ؟

1- في هذا الاتجاه سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 268.

2 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص89

لم يجب على هذا التساؤل التشريعيين المصري الاردني، الامر الذي يستدعي الرجوع الى موقف الفقه بهذا الخصوص حيث ان هناك اتجاهين فقهيين في هذه المسألة.

الاتجاه الاول يرى بانه ليس من الواجب دعوة المتهم للحضور عند اجراء التفتيش لدى غيره [1].

اما الاتجاه الثاني فيرى ضرورة حضور المتهم للتفتيش الذي يتم في منزل غيره. حجتهم ان الفائدة المتحققة من حضور المتهم اثناء تفتيش منزله هي ذاتها في حالة تفتيش منزل غيره، والتي تتلخص باتاحة الفرصة له لمواجهته بالدليل المترتب عليه، وتمكينه من الرد على ذلك الدليل، فضلا عن ان حضور المتهم اثناء التفتيش من شانه ان يزيد الثقه في نتائج هذا الاجراء الخطير [2] وارى ان الراى الثانى هو الاصوب لذات الحجة التي ساقها، اما بخصوص حضور محامي المتهم للتفتيش فانه لايقع الالتزام على القائم بالتحقيق بدعوة محامي المتهم لحضور التفتيش ولو تمسك بذلك المتهم، لعدم وجود نصوص توجب ذلك، ولكن اذا كان تواجد محامي المتهم عرضاً اثناء التفتيش فلا يجوز للقائم بتنفيذ التفتيش ان يمنعة من حضور تنفيذ عملية التفتيش الا إذا كان ذلك مدعاة لاثارة الشك حول نتائج هذا التفتيش.

وقد يثور التسأل حول حكم تفتيش المنزل اذا كان المشتكى عليه حدثاً منفرداً او شريكاً مع غيره؟؟.

والاجابة على هذا السؤال تستلزم الرجوع الى قانون الاحداث والذي اوجب حضور ولي امر الحدث او مراقب السلوك الاجتماعي في حالة عدم حضور ولي الامر اثناء اجراءات التحقيق والمحاكمة التي تتم بمواجهة الحدث وذلك وفقاً لنص المادة15من قانون الاحداث رقم52 لسنة2002 بالتالي فان تفتيش المنزل باعتباره من اجراءات التحقيق يجب ان تتم بحضور الحدث وولي امره او مراقب السلوك

---

1 - احمد الهياجنة – مرجع سابق – ص145

2 – د. احمد فتحي سرور – حضور المتهم اثناء التفتيش – مجلة ادارة قضايا الحكومة – س3 – ع1 يناير – مارس 1959 ص 94.

الاجتماعي سواء اكان الحدث بمفرده او مع غيره ويستثنى من ذلك حالة الجرم المشهود فأرى أنه لا يتوجب حضور اي من المذكورين استنادا لحالة الاستعجال.

مدى تطلب الحضور فى حالة تفتيش الاشخاص

اولاً: نطاق تطلب حضور شهود عند تفتيش شخص المشتكى وموقف الفقه.

لم يتعرض المشرع الاردنى وكذلك المصرى لقواعد الحضورعند تفتيش المتهم، ولعل الغاية من ذلك عدم ايذاء شعور المتهم، مع ان ذلك متوافرفى حالة تفتيش منزله حيث اعطى المشرع القائم بالتفتيش فى حالة تعذر حضورمن يراد تفتيش منزله ان يقوم بهذا الاجراء بحضور المختار او اقارب المتهم او شاهدين.

ويرى جانب من الفقة الى جواز السماح بحضور اى شخص اذا لم يعترض المتهم على ذلك بل ذهب هذا الراى إلى ابعد من ذلك حيث اعطى الحق للمتهم فى ان يطلب اجراء التفتيش فى حضور شخص معين كأن يكون محامية مثلااو الشهود الا اذا كان يترتب على ذلك تأخير التفتيش او الاضرار بة، والامر متروك لمحض تقدير المحقق دون ان يعد رفضه اجابة المتهم على ذلك تعسفا منه[1]. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها ان حضور شهود اثناء تفتيش الاشخاص لا يترتب عليه بطلان، بسبب ان حصول التفتيش امام شهود هو ضمان لسلامة الاجراءات ويعزز الثقة فيها [2].

ولم يتطلب المشرع الاردني والمصري الحضور في حالة تفتيش المتهم فاذا رفض المحقق طلب المتهم بحضور شخص معين اثناء تفتيشه لا يترتب عليه البطلان.

ثانياً: رأينا في الموضوع

ان التفتيش من اجراءات التحقيق التي تتسم بالقوة والجبر، وحتى تعزز الثقة في هذا الاجراء، فلا بد من اعطاء الحق للمشتكى عليه ان يطلب حضور تفتيشة شخصاً معيناً كمحاميه مثلاً.، وبالتالي فاننا نحقق ضمانة وحماية اكثر لحقوق

---

1 - د. اشار لهذا الاتجاه الدكتور حسن بشيت –مرجع سابق – ص 128.

2 – نقض 1959/11/9 مجموعة احكام النقض س109 رقم 183 ص857.

المشتكى عليه، كونه يجعل الدفاع رقيباً على اجراءات المحقق، ويؤدي الى سلامة الدليل المتحصل نتيجة تفتيش المشتكى عليه.

13.1 شروط محضر التفتيش

اولاً: اهمية تحرير محضر بطريقة التفتيش

لما كان التفتيش من اجراءات التحقيق فلا بد ان يتم اثباته في الكتابه، لان القاعده العامة في كافة اجراءات التحقيق تقضي بان تكون هذه الاجراءات مكتوبة.

فقد اكدت ذلك المادة 87 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني والتي نصت على ما يلي " يصطحب المدعي العام كاتبه ويضبط او يأمر بضبط جميع الاشياء التي يراها ضرورية لاظهار الحقيقة، وينظم بها محضراً ويعنى بحفظها وفقاً لاحكام الفقرة الاولى من المادة 35" وهذه المادة تقابل المادة 73 من قانون الاجراءات الجنائية المصري والتي نصت على ما يلي " يصطحب قاضي التحقيق في جميع اجراءاته كاتب من كتاب المحكمة يوقع معه المحاضر، وتحفظ هذه المحاضر مع الاوامر وباقي الاوراق في قلم كتاب المحكمة " ولم يتطلب القانون الاردني وكذلك المصري شكلاً معيناً في محضر التفتيش، ومن ثم تعين أن يتضمن هذا المحضر ما توجبه القواعد العامة في المحاضر، ومقتضى القواعد العامة ان يكون المحضر مكتوباً باللغة الرسمية وهي اللغة العربية. والواقع ان هذا الامر لا يحتاج الى نص خاص، بل هو امر تقتضيه طبيعة الاشياء [1] ذلك ان لغة الدولة هي احد مظاهر السيادة التي تسعى كافة الدول للمحافظة عليها.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المحضر :

لابد ان يتضمن المحضر توقيع محرره لان التوقيع هو الذي يسبغ عليه قيمته القانونية، وهذا ما نصت المادة 1/38 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني حيث جاء فيها "يوقع المدعي العام والكاتب والاشخاص المذكورين في المادة 36 على كل صفحة من اوراق الضبط التي ينظمها بمقتضى الاحكام السابقة " ورغم ان المشرع استلزم توقيع الكاتب والمتهم على محضر التفتيش اذا حضر والا من

1 – د. الحسيني – مرجع – سابق – ص278.

الشهود في حالة غيابه، الا ان الفقرة الثانية من ذات المادة اعطت المدعي العام ان ينظم المحضر بمعزل عنهم، ويصرح بذلك في المحضر.

وكذلك يجب ان يتضمن المحضر تاريخ تحريره، لان هذا التاريخ يقطع التقادم في الدعوى.

ويجب ان يكون المحضر دليلاً على صحة الاجراءات التي تطلبها القانون، ومن ثم فيجب ان يتضمن كافة الاجراءات التي اتخذها القائم بالتفتيش، بالاضافة الى البيانات الاساسية التي تهم المحقق، فلابد ان يحوي المحضر في ذاته دليل صحته وعلى محرر المحضر ان يبين في محضرة وصفاً دقيقاً للمكان الذي قام بالتفتيش فيه، والاشياء التي تمر عليها ومكان وجودها والظروف التي صاحبت اكتشاف تلك الاشياء، ولا ينبغي له اغفال أي امر من الامور التي صادفت عمله مهما بدا له تافها فهو ليس قاضيا، وانما هو شاهد عليه ان يقدم الى القضاء شهادته كاملة واضحه. [1]

ثالثاً: وجوب تطبيق قاعدة تحرير المحضر من الضابطة العدلية عند مباشرتها لاجراء التفتيش

الضابطة العدلية تمارس التفتيش القضائي في حالتين:

الحالة الاولى: الجرم المشهود واذا طلب صاحب المنزل إجراء التحقيق في منزله عند وقوع جريمة في ذلك المنزل، والحالة الثانية الندب لاجراء التفتيش، وفي كلا الحالتين يجب على الضابطة العدلية تنظيم محضر باجراء التفتيش وفقاً لما ذكرناه في البند الثاني والمتعلق بشروط المحضر.

14.1 تفتيش الانثى بمعرفة انثى

اولاً: علة تطلب تفتيش الانثى بمعرفة الانثى

ان تفتيش الانثى بواسطة انثى من الضرورات التي يستلزمها النظام العام، دون حاجة الى نص يقرر هذه القاعدة، لذلك يترتب على مخالفتها بطلان التفتيش

1 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 280.

بطلاناً مطلقاً واستبعاد ما يسفر عنه من ادلة، ولا يبرر الخروج على هذه القاعدة ظرف استعجال او ضرورة [(1)].

ثانياً: مناهج التشريعات في تقرير هذا القيد

لقد سارت التشريعات المختلفة على تقرير قاعدةتفتيش الانثى بمعرفة انثى، فقد نص المشرع الاردني في المادة 2/86 من قانون اصول المحاكمات الجزائية على هذه القاعدة حيث جاء فيها " اذا كان المفتش انثى يجب ان يكون التفتيش بمعرفة انثى تنتدب لذلك " وهذه المادة تقابل المادة 2/46 من قانون الاجراءات الجنائية المصري والتي جاء فيها " اذا كان المتهم انثى وجب ان يكون التفتيش بمعرفة انثى تنتدب لذلك "

كما قضت المادة 207 من مرسوم قوى الامن اللبناني في فقرتها الثانية بان النساء تفتشهن نساء، فاذا كان المدعي عليه انثى لا يجوز لموظف الضابطة العدلية ان يقوم بتفتيشها بنفسه، وانما يجب ان ينتدب انثى للقيام بهذه المهمة، وتتعلق هذه القاعدة بالنظام العام اذ الهدف منها المحافظة على الاداب العامة [(2)].

وفي القانون الانجلوامريكي فان ادارات البوليس تستخدم عددا من النساء ليصاحبن رجال البوليس لتفتيش النساء، وقت القبض عليهن، وتوجب ادارة مكافحة المخدرات في الولايات المتحدة الامريكية اصطحاب عناصر من البوليس النسائي عند مهاجمة أي مكان إذا كان هناك نساء مشتركات في الجريمة[(3)].

15.1 وقت اجراء التفتيش

اولاً: المناهج التشريعية

تباينت مواقف التشريعات الاجرائية في مختلف الدول في جواز او عدم جواز اجراء التفتيش ليلاً.

---

1 – د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق – ص355

2 – د. فوزية عبدالستار – شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني –دار النهضة العربية – 1975 – ص 389.

3 - Fiffany (w) mcintyre (D) ,Rotenberg (R) detection of crime , Boston1957.p.473 مشار اليه في رسالة دكتوراه للدكتور عبد الاله النوايسه ص359

فبعض التشريعات حظرت اجراء التفتيش ليلاً، كالقانون الفرنسي الذي حظر اجراء التفتيش ليلاً الا في حالات معينة حيث جاء النص على ذلك في الدستور الفرنسي. والذي نص على انه " منزل كل مواطن يقطن الاقليم الفرنسي ملجأ حصين، ولا يجوز دخوله ليلاً الا في حالات الحريق او الغرق او الاستغاثة " واستقرت تلك القاعدة في القانون الفرنسي. وجاءت الفقرة الاولى من المادة 59 من قانون الاجراءات الجنائية فاعتنقت قاعدة عدم جواز تفتيش المنازل ليلاً، كما حدد القانون المغربي فترة محددة للتفتيش في المادة 64 والتي حددت التفتيش بالفترة من الخامسة صباحاً الى التاسعة مساءً ما لم يكن هناك احوال استثنائية يقررها القانون.
ولم يتضمن قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ولا قانون الاجراءات الجنائية المصري نصاً يحظر التفتيش ليلاً، وقد اجازت محكمة النقض المصرية لمأمور الضبط القضائي في ان يختار الزمان الملائم لاجراء التفتيش في حدود الاذن. (1)

اما بخصوص موقف محكمة التمييز الاردنية من هذه المسألة فنجدها في احد احكامها قد حظرت اجراء التفتيش ليلاً حيث جاء في قرار لها " حيث ان التفتيش قد وقع على بيت السكن وفق ما هو ثابت من وقائع الدعوى، فانه يشترط لسلامة التفتيش وصحته، توافر الشروط التالية:

1- ان يتم التفتيش نهاراً.
2- ان يتم بحضور المختار او شاهدين.
3- ان يؤخذ موافقة المدعي العام على اجراء التفتيش......... (2)

وهذا الحكم لمحكمة التمييز الموقرة جاء تطبيقاً لنص المادة 190/ج من قانون الجمارك التي نصت على انه" لموظفي الدائرة ورجال الامن العام في حالة وجود دلائل كافية بوجود مواد مهربة تفتيش أي بيت او مخزن او أي محل اخر،

---

1 - نقض 10 مارس (اذار) 1979 مجموعة احكام النقض س 3 رقم 72 ص 351.

2 - تمييز جزاء رقم 430 /99 هيئة عامة بتاريخ 28 /1998/8 المنشور على الصفحة 806 /8 من المجلة القضائية لسنة 1999 م.

اما بيوت السكن فلا يجوز تفتيشها الا نهاراً وبحضور المختار او شاهدين وبموافقة المدعي العام "

وهذا النص جاء في قانون خاص هو قانون الجمارك فان حكمه لا يسري على التفتيش القضائي الذي يجري بمناسبة جريمة وقعت بمعرفة المدعي العام او احد افراد الضابطة العدلية.

ثانياً: رأينا في الموضوع

تلك هي مناهج التشريعات في وقت اجراء التفتيش وأرى انه من الاهمية بمكان ان يتدخل المشرع الاردني بنص صريح يحظر فيه اجراء التفتيش ليلاً من الساعة السابعة مساءً وحتى السابعة صباحاً، الا في حالة الضرورة، فاذا كان المشرع قد حظر اجراء التبليغ في قانون اصول المحاكمات المدنية ما بين الساعة السابعة مساءً وحتى السابعة صباحاً حرصاً من المشرع على راحة الناس وصفوهم في لياليهم.

فإنه من باب اولى حظر اجراء التفتيش ليلاً الذي يمتاز بخاصية الاجبار، وانتهاك لحرمة سر الانسان وهو منزله.

الفصل الثاني
ماهية البطلان

ان القاعدة الاجرائية تهدف الى الوصول للحقيقة بمناسبة جريمة ارتكبت لمعرفة فاعلها وايقاع العقاب عليه وبالتالي يجب ان تتبع القاعدة الاجرائية وفقاً لنموذجها المرسوم في القانون، ولكفالة ذلك يجب ان يكون هناك جزاء يترتب على مخالفتها، والا فقدت قوتها الملزمة التي هي من خصائصها.

لذلك فقد قررت معظم التشريعات، العديد من الجزاءات في مواجهة الاجراءات غير المشروعة التي يقوم بها افراد السلطة العامة، فهناك الجزاء الجنائي والاداري، وهناك الجزاء المدني. وهذه الاجزاءات تصيب القائم بالاجراء المخالف للقانون، وهناك الجزاء الذي يصيب الاجراء الذي اتخذ مخالفاً للقانون فيمنعه من ان يرتب اثاره، ويسمى هذا الجزائي (بالجزاء الاجرائي)، واهم صورة البطلان.

والتفتيش القضائي كعمل اجرائي يهدف للبحث عن الدليل المادي في مستودع السر، يجب ان يتم في اطار الشرعيه الاجرائية والتي تهدف الى الموازنة بين حق المجتمع في ملاحقة المجرمين وجمع الادلة عليهم، وبين رعاية حريات الافراد وحقوقهم الشخصية، وحدود الشرعية الاجرائية تتمثل في ممارسة السلطات المخولة للجماعة ازاء الافراد في حدودها التي بينها المشرع، دون تجاوز او خروج عليها، ومبدأ الشرعية هو الذي يجعل من الدولة دولة (قانونية) بالمقابلة للدولة البوليسية)، التي لا تحترم القانون ولا تعبا بحريات الافراد[1] واذا ما تم التفتيش خارج حدود الشرعية فان الجزاء المترتب على ذلك هو البطلان، فالبطلان جزاء (اجرائي) يلحق كل اجراء معيب بالمخالفة لنموذجة المرسوم قانونا، فيعوقه عن اداء وظيفته، ويجرده من اثاره القانونية التي كان يمكن ان يرتبها فيما لو وقع صحيحاً[2].

واذا كانت العبرة في المحاكمات الجنائية هي باقتناع القاضي بناء على الادلة المطروحة عليه، الا انه من القواعد الاصلية التي تنتظم الادانة في المواد الجنائية

---

1 - د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 398، 399.

2 - د. سليمان عبدالمنعم – بطلان الاجراء الجنائي – دار الجامعة الجديدة للنشر – 1999 – ص1.

ان يكون دليل الادانة مشروعاً اذ لا يجوز ان تبنى ادانة صحيحة على دليل باطل في القانون، ولا يعني ذلك ان البطلان لا يترتب الا اذا نص القانون صراحة على ذلك، بل قد يقع البطلان نتيجة مخالفة قاعدة جوهرية في مفهوم القانون ولو لم يقرر المشرع جزاء لمخالفتها (1).

وكون التفتيش من اجراءات التحقيق الابتدائي وتختص بمباشرته النيابة العامة كسلطة مختصة في التحقيق الابتدائي وبالنظر الى طبيعة مرحلة التحقيق كمرحلة اولى في دعوى الحق العام، فقد يثور التساؤل عن مدى اعمال البطلان على اجراءات التحقيق المعيبة بصفة عامة والتفتيش المعيب بصفة خاصة ؟

ومن هنا جاءت اهمية موضوع الرسالة، وللوقوف على حقيقة نطاق بطلان التفتيش، فقد خصصت هذا الفصل لبحث احكام البطلان وفقاً للنظرية العامة للبطلان سواء لتحديد المذاهب التشريعية او الفقهية او القضائية، اذ يفيد ذلك كمقدمة ضرورية لدراسة نطاق البطلان على التفتيش القضائي.

1.2 ما هية البطلان وتمييزه عن الجزاءات الاجرائية المشابهه

2.2 تعريف البطلان.

لقد تتعددت التعريفات الفقهية للبطلان فقد عرف بانه " جزاء لتخلف كل او بعض شروط صحة الاجراء الجنائي، ويترتب عليه عدم انتاج الاجراء اثارة "(2).
كما عرف بانه " جزاء اجرائي يرد على العمل الاجرائي فيهدر اثارة القانونية " (3)
والعله من تقرير بطلان الاجراء المعيب هو أن هذا الاجراء يشترط فيه المشرع ان يتم وفق النموذج القانوني الذي رسمه له،، وذلك اعمالاً لفكرة ان القاعدة القانونية قاعدة ملزمة للمخاطبين باحكامها، فلا يجوز مخالفتها، فان وقعت مثل هذه المخالفة عند اتخاذ الاجراء الجزائي كان لا بد من ترتيب جزاء على ذلك، وهو بطلان هذا الاجراء، ومنعه من ترتيب اثاره، ويلاحظ ان البطلان هو وصف يلحق بالاجراء

---

1 – د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص 398، 399.
2- د. محمود نجيب حسني –شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية– 1988 – ص 337.
3 – د. احمد فتحي سرور – نظرية البطلان – ص111.

المعيب والمخالف للقانون، اكثر منه جزاء يرتبه القانون، كما يرى اغلب الفقه، وان الوصف هو الوسيلة التي تمنع الاجراء الباطل من ترتيب الاثار التي كانت ستنتج عن هذا الاجراء فيما لو صدر صحيحاً، وهنا تكمن الغاية من تقرير البطلان ووصفه بانه جزاء اجرائي[1]. والبطلان كجزاء اجرائي يختلط بغيرة من الجزاءات الاجرائية، والتي تترتب حين يكون الاجراء معيباً، لذا فلا بد من التمييز بين البطلان وبين الانعدام، والسقوط، وعدم القبول.

3.2 البطلان والانعدام

يفترض الانعدام ان الاجراء الذي يوصف له هو (اجراء معيب) وشأنه في ذلك شأن البطلان، ولكنه يختلف عنه في ان الانعدام يفترض عيباً اشد جسامة مما يفترضه البطلان [2]، فلئن كان للاجراء الباطل وجود قانوني، لكنه وجود مشوب بعيب، فالاجراء المنعدم ليس له اصلاً وجود قانوني، وهكذا يوصم الاجراء بانه باطل متى افتقر في الغالب لاحد شروط صحته، او متى شاب احد مقوماته عيب من العيوب كالشهاده غير المسبوقة بتحليف اليمين، ولكن يوصف الاجراء بالمنعدم اذا بلغ العيب الذي اعتراه حد يخلف احد مقوماته التي لا يتصور وجوده بدونها، كالحكم الذي يصدر بعقوبة يجهلها قانون العقوبات [3].

والانعدام جزاء يقع بقوة القانون، فلا حاجة الى الطعن به، ويكفي انكار وجوده عند التمسك به [4].

والانعدام نوعان، مادي وقانوني، فالاول هو الانعدام الذي ينشأ من عدم مباشرة النشاط الاجرائي او عدم تدوينه، والثاني هو الذي ينشأ من عدم انعقاد الخصومة وتخلف الارادة واغفال التوقيع بالنسبة لجميع الاجراءات، واما حالاته

---

1 – د. محمد سعيد نمور – شرح اصول الاجراءات الجزائية – مرجع سابق – ص78.

2 – د. عبدالحكم فودة – البطلان في قانون الاجراءات الجنائية 1996، دار المطبوعات الجامعية ص53.

3 – د. سليمان عبد المنعم – مرجع سابق – ص2.

4 – د. جلال ثروت – نظم الاجراءات الجنائية – 1997 – ص578.

بالنسبه للاعمال الاجرائية العامة، فهي صدورها من فرد عادي والاعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات [1]

وتبدو اهمية التمييز بين البطلان والانعدام من عدة وجوه :-

اولاً: يترتب الانعدام بقوة القانون.

في حين ان الاجراء الباطل لا يتقرر الا بحكم قضائي [2].

ثانياً: ان الاجراء المنعدم لا يقبل التصحيح لانه لا وجود له اصلاً، كما انه لا يقبل الافتراض، على خلاف البطلان الذي قد تقتضي مقتضيات الاستقرار القانوني ان تسمح بالتغاضي عنه وافتراض صحته [3].

ثالثاً: لا يحتاج الانعدام الى تنظيم المشرع، لانه تقرير للواقع، واستخلاص منطقي لتخلف جوهر العمل الاجرائي او لصدوره القانوني، هذا بخلاف البطلان فهو يتوقف على تنظيم المشرع للاجراءات الجنائية وسياسته في تقرير الضمانات التي تحيط بها في اطار الشرعية الاجرائية.[4]

رابعاً: ان الانعدام يتوافر حينما تفقد الرابطة الاجرائية شرطاً من شروط نشأتها ووجودها المنتجة لاثارها القانونية، اما في البطلان فإن الرابطة الاجرائية تنشأوتتواجد،، وقد تتواجد بشكل معيب الا ان هذا العيب يصحح باكتساب الحكم حجية الشئ المقضي فيه.[5]

---

1 -د. عبدالحميد الشورابي – مرجع سابق – ص55.

2 – فاروق الكيلاني – شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية – ج1، مطبعة الفارابي، عمان، ط2، 1985 – ص

3 – د. محمد صبحي نجم – قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، عام 2000 م، ص 377.

4 – احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية – الطبعة الاولى 1981 دار النهضة العربية – ص770.

5 – د. مأمون سلامة – قانون الاجراءات الجنائية في التشريع المصري – دار الفكر العربي – 1976 – ص 997.

خامساً: ان البطلان يفترض نشوء الرابطة الاجرائية ولذلك يباشر اثره داخل اطار هذه الرابطة بينما الانعدام يلحق آثره ايضاً الاجراءات الخارجة عن الرابطة الاجرائية حتى السابقة على وجود سبب الانعدام.[1]

4.2 البطلان والسقوط

السقوط هو (جزاء اجرائي يرد على السلطة او الحق في مباشرة العمل الاجرائي اذا لم يقم به صاحبه خلال الفترة التي يحددها القانون).[2]

والامثلة على سقوط الحق في مباشرة الاجراء عديدة ومنها ما نصت عليه المادة 3\284 من قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960 والتي جاء فيها (لا تقبل الشكوى بعد مرور ثلاث اشهر اعتباراً من اليوم الذي يصل فيه خبر جريمة زنا الزوجة او المرأة الى الزوج او الولي).

وذلك فوفقاً لهذا النص فإن الحق في اقامة شكوى الزنا من قبل الزوج اذا كانت متزوجة او الولي اذا لم تكن كذلك، يسقط بمرور ثلاثة اشهر على علم الزوج او الولي بهذه الواقعة.

وكذلك فإن السقوط قد يعود الى حصول واقعة لا يمكن تعيين زمانها سلفاً بمهلة محددة كماهو مقرر قانونامن سقوط حق المدعي المدني في تقديم الادعاء مدنيا امام المحكمه المنظور امامها الدعوى الجنائيه بعد قفل باب المرافعه حسبما يستخلص ذلك من نص الماده 251 من قانون الاجراءات الجنائيه المصرى [3] وقد يكون السقوط راجعا لعدم حصول واقعه معينه، ومثال ذلك نص الماده 333 من قانون الاجراءات الجنائية المصري حيث يسقط الحق في الدفع ببطلان الاجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات او التحقيق في الجلسة في الجنح والجنايات اذا كان للمتهم محام وحصل الاجراء بحضوره بدون اعتراض منه.

---

1 – مدحت الحسيني – البطلان في المواد الجنائية – دار المطبوعات الجامعية – 1993 – ص6.

2 – د. احمد فتحي سرور – نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية – مكتبة النهضة المصرية 1959 – فقرة 42، ص72.

3– د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص20– 22.

ويختلف السقوط عن البطلان من عدة نواحي:

اولاً: فالبطلان كجزاء اجرائي ينصب على العمل الاجرائي المعيب نفسه فيعيبه، ويحول دون ترتيب اثاره القانونية، ومثال ذلك اصدار الحكم من احد القضاة الذين لم يشتركوا بالمداولة، او من احد القضاة الذين سبق اضطلاعهم باعمال توجيه الاتهام او التحقيق في نفس الدعوى. [1]

ثانياً: الاجراء الباطل يجوز تجديده طالما ان الحق في مباشرته ما زال باقياً اما السقوط فباعتباره يفترض انقضاء الحق في مباشرة الاجراء فانه لا يتصور معه تجديد ذلك الاجراء.

ثالثاً :- السقوط يتم بقوة القانون بينما لا ينتج البطلان اثره الا اذا تقرر بحكم.[2]

واخيراً قد يتحقق البطلان والسقوط معاً اذا بوشر العمل الاجرائي على الرغم من سقوط الحق او السلطة في مباشرته، ويتحقق السقوط وحده اذا لم يباشر العمل الاجرائي بعد ان سقط ما لصاحبه من حق او سلطة في مباشرته [3]

5.2 البطلان وعدم القبول

عدم القبول جزاء اجرائي، يرد على الدعوى الجزائية او غيرها من طلبات الخصوم، اذا لم تستوفي احد شروط تحريكها واستعمالها في بداية كل مرحلة من الخصومة [4] فرفع الدعوى الجنائية امام المحكمة دون سبق تقديم شكوى من المجني عليه في الحالات التي يستوجب فيها المشرع ذلك يفضي الى ترتيب جزاء عدم القبول [5] ومثال ذلك ما اوجبته المادة 347 / 2 من قانون العقوبات الاردني والمتعلقة بخرق حرمة المنازل نهاراً من ان هذه الجريمة لا تلاحق الا بناء على

1- د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص20- 22.لقد عُدلت المادة 284من قانون العقوبات بالقانون المعدل لسنة 2004حيث الغيت الفقره الثالثه من هذه الماده.

2 – مدحت الحسيني – مرجع سابقق – ص12.

3 – د. احمد فتحي سرور – نظرية البطلان – مرجع سابق ص 74 – 75.

4 – د. عبدالفتاح الصيفي – النظرية العامة للقاعدة الاجرائية، منشأة المعارف الاسكندرية 1986 ص159.

5 – د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص24.

شكوى كذلك ما اوجبته المادة 334 من قانون العقوبات والمتعلقة بجرم الايذاء من حيث لزوم شكوى من المجني عليه لامكانية ملاحقة الفاعل.

كذلك ما نصت عليه المادة 272 من قانون اصول المحاكمات الجزائية بقولها (لا يجوز اتباع طريق التمييز ما دام الحكم او القرار قابلاً للاعتراض او الاستئناف).

ويختلف عدم القبول عن البطلان في عدة وجوه:

اولاً: يبدو ان البطلان كجزاء اوسع نطاقاً من عدم القبول، اذ انه يلحق كل عمل اجرائي معيب، يتخذ في اطار الخصومة الجنائية او السابقة عليها والممهدة لها، وبالتالي يتصور ان ينصب البطلان على اجراءات الاستدلال المعيبة وكذلك اجراءات التحقيق والمحاكمات، اما عدم القبول فهو جزاء يقتصر على الدعاوي والطلبات كصور للاعمال الاجرائية[1].

ثانياً: ان اثر البطلان يتمثل في عدم الاعتراف بالعمل الاجرائي المعيب وتعطيله عن اداء دوره الاجرائي وانتاج اثاره القانونية، وفي عبارة اخرى يعتبر الاجراء الباطل كقاعدة عامة كان لم يكن، اما عدم القبول فهو لا ينصرف الى الاجراء المعيب ذاته بعيب البطلان او السقوط، وانما يقتصره اثره على رفض الدعوى او الطلب المبني على الاجراء المعيب[2].

6.2 مذاهب البطلان وانواعه وآثاره

البطلان يترتب كجزاء على فقدان الاجراء شرطاً من شروط صحته، ولان هذه الشروط ليست واحدة، بل هي كثيرة ومتنوعة، اذ تختلف من اجراء جنائي لآخر، وانما القانون لم يحدد شروط صحة كل اجراء جنائي وانما ترك امر تحديد

---

1 – د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص35.

3 - STEFANI(G)LEVASSEUR(R)ET,BOULOCE,PROCEDURE PENALE,DALLOZ,PARIS,1981,P11.

هذه الشروط للاجتهاد، وقد اوجد الفقه والقضاء في فرنسا نظرية البطلان الذاتي، يضاف اليها نظريتي البطلان الشكلي والبطلان لضرر [1].

كما ان البطلان يقسم من حيث نوعه الى بطلان مطلق وبطلان نسبي، ومعيار التفرقة بينهما هو نوع القاعدة الاجرائية التي تمت مخالفتها، فاذا كانت القاعدة الاجرائية جوهرية متعلقة بالنظام العام فالبطلان المترتب على مخالفة هذه القاعدة بطلان مطلق اما اذا كانت القاعدة الاجرائية متعلقه بمصلحة الخصوم فمخالفتها يترتب عليها بطلان نسبي.

البطلان الشكلي

ان العمل الاجرائي له جانب موضوعي يتمثل في مقومات نشوء الحق في اتخاذه وهي السبب، والمحل، وصفة الاختصاص في مباشرته وله جانب شكلي اذ يتعين افراغة في الشكل الذي بينه القانون ورسم اطاره واوضح حدوده، لضمان تحقيق مصالح معينه سواء للمتهم او غيره. [2]

ومعيار البطلان الشكلي يتمثل في مخالفة اية قاعدة شكلية، فما دام ان القانون يتطلب اجراء معيناً، فيجب اتخاذه طبقاً لما اراده القانون، فاذا خولف كان (البطلان) هو الجزاء [3].

وقد قيل في تبرير مذهب البطلان الشكلي انه يحول دون تحكم القضاه، لان البطلان مقرر حتماً بالقانون، ومبينه اسبابه وانه لا يحدد من الاشكال الا ما يراه ضرورياً [4]، ومنطق هذا النظام الصارم يؤدي الى نتيجة تتجاهل التقدير لاهمية الاجراء الذي خولف، او الذي حصل اغفاله، واهم من ذلك انه يعوق القضاء عن تحقيق العدالة الجنائية بالمعنى الصحيح اذ يخلق في كل خطوة عقبات شكلية يصعب تفاديها، وسرعة العقاب شرط اساسي للعدالة المنشودة، وفي عبارة واضحة،

---

1 – د. محمد سعيد نمور – اصول الاجراءات الجزائية – مرجع سابق – ص 81.

2 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 432.

3– د. جلال ثروت – مرجع سابق – ص 563.

4 – د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان – مرجع سابق ص115.

فان الشكلية او الصيغ التي تباشر بها الدعوى قد تكون تافهة يصعب تفادي الخطأ فيها، ولا يملك القضاء أمام هذا التعقيد الا الحكم ببطلان الادعاء لانه لا يملك تقدير قيمة الخطأ [1].

البطلان القانوني

مقتضى هذا المذهب ان القانون هو الذي يتولى بالنص تحديد الاجراءات التي يتعين مراعاتها، والتي لو اغفلت او خولفت يجب على القضاء توقيع البطلان [2]، فالمشرع وحده – دون سواه هو الذي يقدر بطلان العمل الاجرائي، عند تخلف احد شروط صحته او عند اغفاله، وذلك وفقاً لاعتبارات يراها المشرع من خلال ما يستهدفه هذا الاجراء من غايات، فاذا سكت المشرع، ولم يقرر البطلان، اعتبر الاجراء صحيحاً رغم اختلال احد شروط صحته، اذ ليس لاحد سوى المشرع القول بالبطلان، وبمقتضى هذه النظرية فانه ليس للقضاء ان يقرر ابطال الاجراء المعيب طالما لم ينص القانون على ذلك، وفي الوقت ذاته، وبوجود مثل هذا النص، فان القضاء لا يملك التغاضي عن الحكم ببطلان الاجراء المخالف.[3]

وقد اخذ قانون تحقيق الجنايات الفرنسي لسنة 1808 بالمذهب النصي للبطلان في الفقرة الاولى من المادة 408، والتي استقاها من المادة 1030 مرافعات مدنية، ولكنه نص في فقرتها الثانية على بطلان الاجراء الذي يصيبه عيب يمنعه من تحقيق وظيفته، وبذلك اوجد الى جانب البطلان النصي ما يعرف بالبطلان الذاتي.

وقد هجر المشرع الفرنسي تقريباً البطلان القانوني، وكرس بصدور قانون 24 اغسطس 1993 م نظرية البطلان الذاتي او الجوهري التي يترتب بمقتضاها البطلان على عدم مراعاة أي اجراء جوهري منصوص عليه في(قانون الاجراءات

---

1 – جارو – المطول في التحقيقات والاجراءات – الجزء الثالث– فقرة 1096، ص422مشار اليه لدى د.عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص434.

2 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق، ص 436 –437.

3 – د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص 82.

الجنائية) او أي نص جنائي اخر متى افضى ذلك الى الاضرار بمصالح الطرف الذي يتعلق به الاجراء ولكن المشرع الفرنسي اثر رغم ذلك التكريس لمذهب البطلان الذاتي او الجوهري أن يأخذ ببعض حالات البطلان القانوني المقررة في بعض النصوص. كالمواد (56، 96،95،59،57) وهي المتعلقة باجراءات البحث عن الادله كتفتيش الاشخاص والاماكن وضبط الاشياء.

وقد اخذ بهذا المذهب القانون الايطالي في نص المادة 177 منه على انه " لا يكون عدم مراعاة القواعد المقررة للاجراءات في المحكمة سبباً للبطلان الا في الحالات التي ينص عليها القانون وحده ".

اما المشرع المصري فقد كان يعتنق في ظل قانون تحقيق الجنايات القديم نظرية البطلان القانوني، حيث تولى المشرع تقرير البطلان في حالة مخالفة بعض القواعد الاجرائية، ولم يمنع ذلك القضاء من ابطال بعض الاجراءات التي لم يعرض لها المشرع، مما يعني تبني القضاء لنظرية البطلان الذاتي. وقد اخذ المشرع المصري في التعديل الاخير لقانون الاجراءات الجنائية في بعض النصوص بالبطلان القانوني، ومن الامثلة على ذلك لا الحصر بطلان الاجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي والنهائي، وهذا الحكم مستخلص من نص المادة 333 (3) وما ورد في المادة 302 من ان كل قول يثبت انه صدر من احد المتهمين والشهود تحت وطأة الاكراه أو التهديد لا يعول عليه.

وقد قيل في ميزة هذا المذهب الوضوح وانه لو طبق يحول دون تضارب الاحكام اوالتحكم في التقدير كما انه يعني الاستجابة لمبدأ شرعية الاجراءات[1]. الا ان الفقهاء ينتقدون هذا المذهب لانه ليس من السهل على المشرع ان يحصر سلفاً جميع الحالات التي يجب فيها القضاء بالبطلان، فقد تكون هناك حالات تستوجب

---

1 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص436.

البطلان لم ينص عليها المشرع، فلا يستطيع القاضي ان يقضي ببطلانها، كما قد تكون هناك حالات نص الشارع على البطلان فيها وهي لا تستدعي ذلك [1]

ومن التشريعات العربية التي اخذت بهذا المذهب القانون الصومالي حيث نصت المادة 90 منه على انه " لا يجوز تقرير البطلان ما لم ينص القانون على ذلك صراحة ".

مذهب البطلان الذاتي

اولا: مفهوم البطلان الذاتي:

مقتضى هذا المذهب ان أي اجراء يقرر قاعدة جوهرية، سواء كانت قاعدة من النظام العام، او قاعدة تقرر مصلحة لاحد الخصوم يعد بدوره اجراء جوهرياً، ومخالفته تستوجب البطلان الذاتي ولو لم ينص القانون على هذا الجزاء.[2]

وللقضاء سلطة تقديرية في الحكم ببطلان الاجراء اذا خالف قاعدة جوهرية من قواعد قانون الاجراءات، وعدم الحكم به اذا حدثت لقاعدة غير جوهرية، فالبطلان في منطق هذه النظرية بطلان انتقائي لا تكون فيه القواعد الاجرائية كافة على نفس الدرجة من الاهمية، بل يفرق بين ما هو جوهري منها وما هو غير جوهري (أي ما هو ارشادي فحسب او توجيهي) ففي الحالة الاولى يحكم فالبطلان، وفي الحالة الثانية يمتنع عن الحكم بالبطلان.[3]

وقد اخذ المشرع الاردني بهذا المذهب في التعديل الاخير في المادة السابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية، وكذلك اخذ بها المشرع المصري في المادة 331 من قانون الاجراءات الجنائية، والمشرع الجزائري في المادة 159 من قانون الاجراءات الجنائية.

وقد قيل ان هذه النظرية تتسم بالواقعية والمرونة فقد تستاهل مخالفة اجرائية ما الحكم ببطلان الاجراء، دون ان يعطل ذلك غياب نص يقرر البطلان كما ان

---

1 – د. محمود نجيب حسني – قانون الأجراءات الجنائية – دار النهضة العربية – القاهرة 1982 – ص352.

2 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 442.

3 – د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص49.

الاخذ بها يجنب افلات الجناة من العقاب متى تبين ان المخالفة الاجرائية هي لقاعدة غير جوهرية مما يوجب ابقاء الاجراء صحيحاً [1].

ولكن يعيب هذه النظرية صعوبة التمييز بين الاشكال الجوهرية والاشكال غير الجوهرية للاجراء، واحتمال اختلاف الفقه والقضاء بشأنها [2].

وسوف ابين هذا الخلاف في الفقه، ثم موقف القضاء وخصوصا محكمة التمييز الاردنية من هذا الخلاف.

ثانياً : معايير البطلان الذاتي

لم يستقر الفقه على موقف موحد من معيار التفرقة بين الاشكال الجوهرية وغير الجوهرية فقد ظهرت عدة معايير في الفقه من ابرازها معيار الغاية من الاجراء، ومعيار المصلحة العامة، ومعيار حقوق الدفاع.

أ- معيار الغاية:

العمل الاجرائي ليس عملاً شكلياً اصم، بل عمل يرتبط بالغاية التي يرمي الى تحقيقها فان تحققت هذه الغاية كان الاجراء صحيحاً منتجاً لاثارة القانونية، واذا تخلفت هذه الغاية عد الاجراء باطلاً وتجرد من اثاره القانونية. [3]

وغاية القواعد الاجرائية الجنائية هي الموازنة بين حق الدولة في العقاب وحق المتهم في الحرية [4] ويقصد بالغاية هي الغاية الموضوعية، او الوظيفة الاجرائية للعمل كما رسمها القانون، من بين مجموعة الاعمال الاجرائية المكونة للخصومة.

---

1 - د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص49.

2 - د. خلف مهدي، ضمانات المتهم في الاجراءات الماسة بالحرية الشخصية، رسالة جامعية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1990، ص177. – وقد اخذ بهذا المذهب القانون الليبي المواد 304، 310 والاماراتي في المواد 221- 228.

3 - د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص72.

4 - د. احمد فتحي سرور – نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية مكتبة النهضة العربية – 1959 – ص376.

وقد اخذ بهذا المعيار المشرع الصومالي والمشرع الاماراتي، فالمادة 3/93 من القانون الصومالي تنص على انه البطلان لا يعمل به اذا كان قد استنفذ غرضه بالنسبة لجميع اصحاب المصلحة على الرغم من مخالفته للقواعد كما تنص المادة 221 من القانون الاماراتي على انه " يكون الاجراء باطلاً اذا نص القانون صراحة على بطلانه او اذا شابه عيب لم تتحقق بسببة الغاية من الاجراء " وتضيف المادة 224 من ذات القانون انه " لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الشكل او البيان المطلوب ".

يتبين من ذلك ان مناط البطلان هنا هو عدم تحقق الغاية من الاجراء، ومؤدي هذا المعيار أن يبحث القاضي في كل حالة على حدة، ما اذا كانت الغاية الموضوعية التي قررها القانون للاجراء قد تحققت او لم تتحقق ولا يقضى بالبطلان الا اذا ترتب على العيب الشكلي عدم تحقق الغاية المقصودة منه، فاذا تحققت الغاية كان الاجراء صحيحاً رغم عيبه الشكلي [1].

وقد عبر البعض عن معيار الغاية بانه (المصلحة) التي تستهدف القاعدة الاجرائية حمايتها وتتسع فكرة المصلحة لتشمل كل مصلحة عامة او خاصة للمتهم او لغيره من الخصوم كالمدعي المدني، وبالتالي يكون ضابط القاعدة الجوهرية هو المصلحة، بينما ضابط القاعدة التنظيمية هو الملائمة[2]، ولادراك الغاية او المصلحة من اتخاذ الاجراء ينبغي الرجوع الى علة التشريع. [3]

وقد اخذ المشرع الاردني بهذا المعيار في المادة 7 من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي نصت على ما يلي (يكون الاجراء باطلا اذا نص القانون على بطلانه أواذا شابه عيب جوهري لم تتحقق بسببة الغاية من الاجراء).

---

1 – د. حامد راشد – احكام تفتيش المسكن في التشريعات الاجرائية العربية – الطبعة الاولى – 1998 – دار النهضة العربية – ص238.

2 – د. محمود نجيب حسني – مرجع سابق – ص346.

3 – د. حسن المرصفاوي – اصول الاجراءات الجنائية – منشأة المعارف – ص 739.

وقد انتقد هذا المعيار من جهتين: الجهة الاولى صعوبة تحديد مضمون الغاية في ذاتها، فاستظهار العلة من التشريع يتطلب الرجوع الى الاعمال التحضيرية وهو ما قد يفتح الباب لاختلاط ما هو قانوني بما هو غير قانوني، ومن جهة اخرى يصعب تمييز القواعد الاجرائية التي تستهدف غاية عن غيرها من القواعد التنظيمية، فالقواعد الاجرائية كافة لابد ان تستهدف غاية ما، فان كان بعضها يمكن القول بانها تنظيمية كترتيب اجراءات المحاكمه، الا ان الامر يدق بالنسبة لبعضها الاخر هل تستهدف غاية ام انها قاعدة تنظيمية كعرض المواد الجرمية على المتهم.

ب- معيار المصلحة العامة

تعتبر القاعدة جوهرية وفقاً لهذا المعيار، ويترتب على مخالفتها البطلان متى كانت هذه القاعدة تتعلق بالمصلحة العامة او تعكس فكرة النظام العام، لكن ما هي المصلحة العامة في مجال الاجراءات الجنائية، يطابق البعض بين فكرة المصلحة العامة وبين معيار حسن سير الجهاز القضائي، وبالتالي فكافة القواعد الاجرائية التي تكفل حسن سير الجهاز القضائي تعتبر جوهرية ويترتب على مخالفتها البطلان[1]، ومثال ذلك الاختصاص النوعي للمحكمة وتشكيل المحاكم.

وقد وجه لمعيار المصلحة الانتقاد من حيث:

اولاً: صعوبة تحديد فكرة المصلحة العامة في حقوق جنائية يفترض فيها التوازن بين مصلحة المجتمع من ناحية، ومصلحة الافراد من ناحية اخرى فهل تعني المصلحة العامة الانحياز كلية لمصلحة المجتمع ام ان المقصود بها التوازن بين المصلحتين. اذا كان الامر كذلك، فالامر يتطلب صياغة جديدة لما هو من النظام العام. في مجال الاجراءات الجنائية[2].

1 – د. مأمون سلامة – الاجراءات الجنائية في التشريع المصري – دار النهضة العربية – 1992 – ص 338.

2 – د.سليمان عبد المنعم – مرجع سابق – ص57

ثانيا: ان معيار المصلحة العامة معيار قاصر لانه يوصى باستبعاد مصلحة الخصوم ولا سيما المتهمين منهم، فمن الثابت ان ثمة قواعد اجرائية جوهرية تفضي مخالفتها الى البطلان رغم انها تقررت لصالح الافراد وليس للمصلحة العامة كضرورة تكليف المتهم بالحضور [1]

ج- معيار حقوق الدفاع: ومقتضى هذا المعيار ترتيب البطلان على مخالفة قاعدة اجرائية مقررة لمصلحة الدفاع. ورغم وضوح حقوق الدفاع بصورة واضحة الا اننا نجد ان اجتهاد محكمة التمييز الاردنية لم يستقر على فكرة ثابته لحقوق الدفاع حتى في المسألة الواحدة، ومثال ذلك ان محكمة التمييز ابطلت الافادة المأخوذة من المشتكى عليه من قبل المدعي العام لعدم تفهيمة ان من حقة ان لا يجيب على التهمه المسنده اليه الا بواسطة محامي ، الا انها في قرارات اخرى لم تقضي ببطلان هذه الافاده الامر الذي حدا بالمشرع الاردني الى ترتيب البطلان في ذات النص في حالة عدم تفهيم المشتكى عليه ان من حقة الا يجيب على التهمه المسنده اليه الا بحضور محام[2]

ويؤخذ على معيار حقوق الدفاع في ظل عدم اعتناق التشريع له كمعيار للبطلان نجد ان القضاء في تطبيقه له لم يكن واضحا.

مذهب البطلان للضرر

مقتضى هذا المذهب ان القاضي لا يحكم بالبطلان الا اذا نتج عن الاجراء المعيب ضرر [3] وهذا المذهب يلائم الاعمال الاجرائية في قانون المرافعات المدنية ولذلك نشأ في احضانه [4] وقد نصت المادة 2/24 من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988 على انه (لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا لم يترتب على الاجراء ضرر للخصم).

وقد اثار هذا البحث عن المقصود بالضرر في فقه المرافعات فقيل انه ما يصيب مصلحة من يدفع بعدم صحة الاجراء، وقيل انه الاضرار بمصلحة الدفاع،

---

1 – د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص57.

2 – انظر م 63 من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 16 لسنة 2001.

3 – د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق – ص 560.

4 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 435.

وقيل انه يعني تخلف الغاية من الاجراء لعدم وضعه في القالب الشكلي الذي يقتضيه القانون. وقد يفسر ذلك ندرة الاحكام الفرنسية الحديثة التي اشارت الى فكرة الضرر بصورة ضمنية) للقول بتوفر البطلان الجوهري او الذاتي في بعض الحالات التي يدق فيها توفره اوعدم توفره.(1)

وقد اخذ المشرع الفرنسي بهذا المذهب في المادة 1173 من قانون المرافعات الفرنسي، وكذلك اخذ به المشرع المصري في المادة 20 من قانون المرافعات والتي نصت على انه (يكون الاجراء باطلاً اذا نص القانون صراحة على بطلانه او اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء).

وقد وجه لهذا المذهب عدة انتقادات، ولعل اهمها ان حالات البطلان يجب ان يتولى المشرع تحديدها مقدماً سواء بالنص الصريح او الاشكال الجوهرية التي يرجع في استنباطها الى علة التشريع، وعدم تقرير البطلان الا للضرر ان صلح الاخذ به في مجال تصحيح البطلان لا يجوز الاخذ به في مجال اسباب البطلان، وهي مسألة يجب حسمها قبل الانتهاء الى التصحيح.(2)

كذلك ان فكرة الضرر اذا كان يمكن تحديدها في مجال المرافعات المدنية الا ان ذلك صعب في المجال الجنائي. (3)

- ومن الجدير بالذكر ان محكمة التمييز الاردنية تبنت مبدأ لا بطلان بغير ضرر في حكم لها حيث جاء فيه " من المستقر فقهاً وقضاءً أن لا بطلان الا بنص وانه لا يحكم بالبطلان رغم ورود النص عليه الا اذا ترتب ضرر على مخالفة الاجراء او القانون " (4)

---

1 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 435.

2- د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 435.

3 – د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق – ص 561.

4 – تمييز جزاء رقم 2001/204 المجلة القضائية لسنة /5 العدد /4 ص 333.

7.2 انواع البطلان

ينقسم البطلان من حيث آثاره الى نوعين وهما البطلان المطلــق والــبطلان النسبي المتعلق بمصلحة الخصوم، اما من حيث اسبابه فينقسم الى بطـــلان شـــكلي وبطلان موضوعي وبالنسبة للتمسك بالبطلان ينقسم الى بطلان يتعلق بالنظام العـــام وبطلان يتعلق بمصلحة الخصوم، على ان اهم انواعه والـــذي يحـــوي كـــل هـــذه التقسيمات هو البطلان المطلق والبطلان النسبي

فالبطلان المطلق هو ما تعلق بالنظام العام، بمعنى انه مقرر ليس فقط جـــزاء لمخالفة قاعدة اجرائية جوهرية، وانما جزاء لمخالفة قاعدة اجرائية جوهرية تتعلـــق بالنظام العام [1]، والواقع ان الصعوبة تكمن في تحديد فكرة النظام العـــام، فتعريـــف النظام العام امر عسير [2]، لأن فكرة النظام العام فكرة غامضة تسمو على التحديـــد الذي يوضح مضمونها وتستمد عظمتها من هذا الغموض[3].

وقد نصت على هذا البطلان المادة 332 من قانون الاجراءات الجنائية علـــى انه (اذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمـــة او بولايتها بالحكم في الدعوى او باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به في اية حالة كانـــت عليهـــا الدعوى، وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب).

وهذه الحالات التي اوردتها المادة 332 من قانون الاجراءات لم تـــرد علـــى سبيل الحصر انما على سبيل المثال: وقد اضافت اليها المذكرة الايضاحية حـــالات اخرى هي (مخالفة الاحكام المتعلقة بعلانية الجلسات وتسبب الاحكام وحضور مدافع عن المتهم واخذ راي المفتي عند الحكم بعقوبة الاعدام، واجـــراءات الطعـــن فـــي الاحكام).

---

1 – د. جلال ثروت – نظم الاجراءات الجنائية – مرجع سابق، ص568.

2 – Chambon (p):Le juge d'instruetion,p772 المشار اليه لدى الدكتور عبد الاله النوايسه – مرجع سابق – ص562

3 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص449

والمادة 332 من قانون الاجراءات الجنائية المصري تقابل المادة 7 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، اما البطلان النسبي فهو متعلق بقاعدة جوهرية لتحقيق مصلحة للمتهم أو غيره من الخصوم في الدعوى، فان مخالفتها ترتب البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم وهو ما درج الفقه على تسميته بالبطلان النسبي[1].

وحاول الفقة وضع معيار لتمييز البطلان المطلق عن البطلان النسبي: فقد ذهب اتجاه الى ان نوع المصلحة التي تحميها القاعدة الاجرائية هو معيار التمييز بين البطلان المطلق عن النسبي، فاذا كانت المصلحة ابتداءاً مصلحة عامة فالبطلان المترتب على مخالفتها بطلان مطلق، اما اذا تعلق الامر بمصلحة خاصة بالخصوم فالبطلان المترتب بطلان نسبي. [2]

بينما ذهب اتجاه اخر الى القول ان نوع المصلحة ليس معياراً دقيقاً لتمييز نوعي البطلان، بل يرى اصحاب هذا الاتجاه ان اهمية المصلحة هو المعيار الدقيق لتمييز بين نوعي البطلان، يستوي ان تكون المصلحة الهامة عامة كقيود تحريك (الدعوى الجنائية) او تكون المصلحة الهامة خاصة بالمتهم او غيره من الخصوم (كحق الدفاع) اما ما عدا ذلك من مصالح يقرر القاضي انها لا ترقي في اهميتها للمصالح العامة او الخاصة السابقة فان مخالفة القواعد التي تقرر هذه المصالح لا يترتب عليها سوى بطلان نسبي [3]

وذهب اتجاه ثالث الى القول بان التفرقة بين البطلان المطلق والنسبي، ليس له ما يبرره في قانون الاجراءات، لان التفرقة غدت تفرقة تقليدية في نطاق القانون المدني، ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان استعارة التقسيم السابق في قانون الاجراءات يؤدي الى نتائج لا تستقيم مع فكرة بطلان العمل الاجرائي، ذلك ان البطلان المطلق

---

1 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 449

2 – د. حسن المرصفاوي – اصول الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف طبعة اخيرة، فقرة 321 ص 731، بهذا المعنى الدكتور عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية ج1 1993، فقرة 19، ص 43.

3 – د. محمود نجيب حسني – شرح قانون الاجراءات الجنائية – دار النهضة العربية – 1988، ص 349.

يعني ان العمل باطلاً في ذاته، وحكم القاضي كاشفٌ لهذا البطلان، اما في البطلان النسبي فيعني ان الاجراء صحيحاً منتجاً لاثاره حتى يحكم القاضي ببطلانه، وهنا يكون حكم القاضي منشئاً للبطلان، ولعل اهم نتيجة تترتب على ذلك ان البطلان المطلق لا يجوز تصحيحة بينما يقبل البطلان النسبي التصحيح.[1]

ويشك اصحاب هذا الاتجاه في ان الاحكام السابقة تستقيم مع فكرة بطلان الاجراء الجنائي فبطلان الاجراء الجنائي يجوز تصحيحة بحجية الامر المقضي به.

ولهذا وفقاً لهذا الاتجاه فان الاستعاظة عن تقسيم البطلان الى مطلق ونسبي الى بطلان متعلق بالمصلحة العامة، وبطلان متعلق بالمصلحة الخاصة ويسوق امثالها للبطلان الاول كالاحكام التي نص عليها المشرع المصري في المادة 332 من قانون الاجراءات، او افتقار العمل الاجرائي لاحد مقوماته كالمحل والسبب واطراف الرابطة الاجرائية، او عدم مراعاة الشكل الاجرائي على نحو يهدر حسن سير العدالة (كعدم اجراء المحاكمة علانية). اما البطلان المتعلق بمصلحة خاصة، فيتمثل باهدار احد الحقوق او المصالح الفردية التي لا تخص احد غير ذلك الذي يتمسك بالبطلان. [2]

وارى ان الاتجاه الثالث هو اكثر دقة لذات الاسباب التي ساقها هذا الرأي.

ويتميز البطلان المطلق المتعلق بالمصلحة العامة عن البطلان النسبي المتعلق بالمصلحة الخاصة من عدة وجوه.

اولاً: البطلان المطلق المتعلق بالمصلحة العامة تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها دون حاجة الى طلب من احد الخصوم[3]، بينما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم لا يجوز للمحكمة ان تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها الا إذا تمسك به صاحب الشأن[4].

1- اشار لهذا الاتجاه د. سليمان عبد المنعم- مرجع سابق ص91.

2 – د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص 92 – 93.

3 – د. سليمان عبدالمنعم – مرجع سابق – ص 93

4 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص455

ثانياً: يجوز لكل خصم التمسك بالبطلان المتعلق بالمصلحة العامة او الدفع به ولو لم يكن صاحب مصلحة مباشره من وراء تقرير البطلان[1] اما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم لا يجوز التمسك به الا بواسطة الخصم صاحب المصلحة في اثارته ولا يحق لغيره من الخصوم فعل ذلك.

ثالثاً: يجوز التمسك بالبطلان المتعلق بالمصلحة العامة في أي مرحلة تكون عليهاالدعوى حتى ولو اول مرة امام محكمة النقض (محكمة التمييز) بينما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فلا يجوز اثارته لاول مرة امام محكمة النقض (محكمة التمييز) [2].

رابعاً: لا يجوز التنازل عن الاحتجاج في الدفع المتعلق بالمصلحة العامة بينما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم يجوز التنازل عن التمسك به مما يؤدي الى تصحيح الاجراء الباطل[3].

8.2 موقف التشريع الاردني من مذاهب البطلان

لم يأخذ المشرع الاردني بأي من مذاهب البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 9 لسنة 1961 واكتفى المشرع على النص على حالات قليلة للبطلان في بعض النصوص.

فقد نص المشرع الاردني على البطلان النصي في المادتين 227-228 في قانون اصول المحاكمات الجزائية، والمتعلقتين بتعيين مترجم، وبالرجوع الى نص المادة 274 من ذات القانون التي حددت اسباب الطعن بالتمييز نجدها تنص على جواز تمييز الاحكام المخالفة للاجراءات التي اوجب القانون مراعاتها تحت طائلة البطلان ومخالفة الاجراءات الاخرى اذا طلب الخصم مراعاتها ولم تلبه المحكمة ولم يجري تصحيحها في ادوار المحاكمة التي تلتها.

---

1 – د. مأمون سلامه – الاجراءات الجنائية في التشريع المصري – الجزء الثاني – دار النهضة العربية 1992 ص348

2 – د. سليمان عبد المنعم – مرجع سابق – ص93و94

3 – د. سليمان عبد المنعم – مرجع سابق – ص93و94

وما يؤخذ على نص المادة 274 ان المشرع الاردني لم يأخذ بالبطلان النصي ولم يحصر الحالات التي تستوجب مخالفتها البطلان باستثناء ما نصت عليه المادتان 227و229 من قانون اصول المحاكمات الجزائية، بالاضافة الى ان مخالفة الاجراءات الاخرى اذا طلب الخصم مراعاتها ولم تلبه المحكمة ولم يجري تصحيحها في ادوار المحاكمة التي تلتها.

ويترتب على ما تقدم ان مخالفة الاجراءات الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية – باستثناء نص المادتين 227و 229 – يترتب بطلان نسبي بجميع اثارة وهو ما لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم لسببين:

الاول: ان المشرع الاردني لم يتبن مذهب البطلان النصي ولم يقم بحصر الحالات التي يترتب على مخالفتها بطلان ما عدا المادتين 227و229 وهذا ليس بقاعدة فهناك قواعد لا يماري احد ان هدفهاحماية مصلحة عامة ابتداء ومع ذلك لم يرتب المشرع على مخالفتها البطلان كقواعد الاختصاص النوعي والاقليمي[1].

الثاني: وهذا السبب يتعلق بتقسيم القواعد الاخرى التي يتم مخالفتها، فهذه القواعد منها ما هو جوهري يحمي مصلحة للمجتمع او الخصوم ومنها ما شرع لمجرد الارشاد والتنظيم وبالتالي تدخل هذه القواعد الاخيرة في نطاق الملائمة من ناحية المراعاة او الاغفال ولا يترتب على مخالفتها بطلان، فالمشرع الاردني في نص المادة 274 فتح الباب على مصراعية للطعن بكافة الاجراءات التي يتمسك الخصم بمراعاتها امام محكمة الموضوع والاصح ان يستخدم المشرع عبارة الاجراءات الجوهرية الاخرى[2]. أي اعتبار ان ما نص على بطلانه بصريح القانون يدخل في دائرة الاجراءات الجوهرية [3].

وعندما صدر قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 16لسنة 2001المعدل لقانون اصول المحاكمات الجزائية، تبنى المشرع الاردني نظرية عامة في البطلان،

---

1 – د. عبد الاله النوايسه – مرجع سابق – ص575

2– د. عبد الاله النوايسة – مهم سابق – ص 575.

3 – د. عبدالاله النوايسه – مرجع سابق – ص 575-576.

وما يؤخذ على نص المادة 274 ان المشرع الاردني لم يأخذ بالبطلان النصي ولم يحصر الحالات التي تستوجب مخالفتها البطلان باستثناء ما نصت عليه المادتان 227و229 من قانون اصول المحاكمات الجزائية، بالاضافة الى ان مخالفة الاجراءات الاخرى اذا طلب الخصم مراعاتها ولم تلبه المحكمة ولم يجري تصحيحها في ادوار المحاكمة التي تلتها.

ويترتب على ما تقدم ان مخالفة الاجراءات الـواردة فـي قـانون اصـول المحاكمات الجزائية – باستثناء نص المادتين 227و 229 – يترتب بطـلان نسـبي بجميع اثارة وهو ما لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم لسببين:

الاول: ان المشرع الاردني لم يتبن مذهب البطلان النصي ولم يقم بحصر الحـالات التي يترتب على مخالفتها بطلان ما عدا المادتين 227و229 وهذا ليس بقاعدة فهناك قواعد لا يماري احد ان هدفهاحماية مصلحة عامة ابتداء ومع ذلك لم يرتب المشرع على مخالفتها البطلان كقواعد الاختصاص النوعي والاقليمي[1].

الثاني: وهذا السبب يتعلق بتقسيم القواعد الاخرى التي يتم مخالفتها، فهذه القواعـد منها ما هو جوهري يحمي مصلحة للمجتمع او الخصوم ومنها مـا شـرع لمجـرد الارشاد والتنظيم وبالتالي تدخل هذه القواعد الاخيرة في نطاق الملائمة مـن ناحيـة المراعاة او الاغفال ولا يترتب على مخالفتها بطلان، فالمشرع الاردني فـي نـص المادة 274 فتح الباب على مصراعية للطعن بكافة الاجراءات التي يتمسك الخصـم بمراعاتها امام محكمة الموضوع والاصح ان يستخدم المشرع عبـارة الاجـراءات الجوهرية الاخرى[2]. أي اعتبار ان ما نص على بطلانه بصريح القانون يدخل فـي دائرة الاجراءات الجوهرية [3].

وعندما صدر قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 16لسـنة 2001المعـدل لقانون اصول المحاكمات الجزائية، تبنى المشرع الاردني نظرية عامة في البطلان،

---

1 – د. عبد الاله النوايسه – مرجع سابق – ص575

2– د. عبد الاله النوايسة – مهم سابق – ص 575.

3 – د. عبدالاله النوايسه – مرجع سابق – ص 575–576.

حيث مزج المشرع بين البطلان النصي والبطلان الذاتي في نص المادة السابعة من التعديل والتي نصت في فقرتها الاولى على انه (يكون الاجـراء بـاطلاً اذا نـص القانون صراحة على بطلانه او اذا شابه عيب جوهري لم تتحقق بسببه الغاية مـن الاجراء).

ويمكن ان نستنتج من هذا النص ان المشرع الاردني قد اخذ بفكـرة العيـب الجوهري الذي يترتب عليه بطلان الاجراء، ممـا يعنـي وبمفهـوم المخالفـة، ان الاجراء اذا لحقة عيب غير جوهري، فان ذلك لا يرتب البطلان. و المشرع قصـد بعبارة عيب جوهري أن يكون العيب قد لحق بأجراء جوهري وهناك عدة معـايير للتميز بين ما هو جوهري او غير جوهري ولعل اهمها معيار الغاية او معيار العلة من النص، فاذا كان الغرض او الغاية من النص هو المحافظة على مصلحة المـتهم اوغيره من الخصوم، او كان يتعلق بحقوق الدفاع وحريات الافراد، فان هذا الاجراء يكون جوهرياً ويترتب على مخالفة البطلان، اما اذا كان الاجـراء مقـرر لمجـرد ارشادهم وتوجيه القضاء او اطراف الدعوى الى الوضـع الافضـل مـن الناحيـة العملية، فان القاعدة تكون في ظل هذه الحالة هي قاعدة ارشادية ولا يترتـب دومـاً على مخالفتها البطلان [1].

كما ان المشرع اضاف حالتين جديدتين للبطلان النصي وذلك فـي المـادتين (100,63) من ذلك القانون، والمادة (63) تتعلق بوجوب افهام المشتكى عليه ان مـن حقه ان لا يجيب على التهمة المسندة اليه الا بحضور محامي وقد رتبت هذه المـادة البطلان على مخالفة هذا الاجراء، اما المادة (100) فتتعلق بالمدة الممنوحة للضابطة العدلية لضبط اقوال المشتكى عليه في حالة القبض عليه لارتكابهـا جريمـة حيـث استلزمت هذه المادة ان يتم ضبط اقوال المشتكى عليه من قبـل الضـابطة العدليـة خلال اربع وعشرين ساعة من لحظة القبض عليه ثم يودع الى المدعي العام الـذي

---

1 – د. محمد سعيد نمور – اصول الاجراءات الجزائية – مرجع سابق ص88- انظر المادتين (63-100) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني.

عليه ان يستجوبة خلال اربع وعشرين ساعة من لحظة وصول المشتكى عليه وقد رتبت هذه المادة البطلان على مخالفة هذه الاجراءات التي وردت فيها.

9.2 اثار البطلان ومدى انطباق قاعدة التصحيح او الاعادة على الاجراء المعيب

الاصل في الاجراءات الصحة، ولذلك لا يتقرر بطلانها من تلقاء نفسها. فلا يحدث البطلان أي اثر الا اذا تقرر بحكم قضائي، مع ملاحظة ان البطلان المطلق تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، اما البطلان النسبي فلا تقضي به المحكمة الا بناء على طلب الخصوم.

ومتى تقرر بطلان الاجراء زالت عنه اثارة القانونية، فيصبح كأن لم يكن، وعليه فلو تقرر بطلان اعتراف المشتكى عليه. فلا يجوز الاستناد الى هذا الاعتراف بالادانه كذلك بطلان شهادة الشاهد او تقرير الخبرة يزيل كل اثر لها[1].

وبناء على ما تقدم، فان البطلان ينسحب على الاجراء الباطل وحده اما الاجراءات السابقة واللاحقة له – اذا كانت غير مترتبة عليه فتبقى صحيحة، وبهذا المعنى فأن المادة (4/7) من قانون اصول المحاكمات الجزائية تقضي بانه " لا يترتب على بطلان الاجراء بطلان الاجراءات السابقة له، اما الاجراءات اللاحقة به، فلا تكون باطلة الا اذا كانت مبنية على الاجراء الباطل " [2].

ويترتب على بطلان الاجراء التزام المحكمة باعادة هذا الاجراء اذا كان ذلك ممكناً، وهي لا تقوم بذلك بنفسها بل تأمر به، ويشترط لاعادة الاجراء الباطل توافر شرطين اولهما ان تكون الاعادة ممكنة بمعنى ان تكون الظروف الخاصة بمباشرة الاجراء، قائمة وممكنة والا زال الزام المحكمة باعادة الاجراء وثانيهما ان تكون هناك ضرورة لاعادة الاجراء وتصحيحة، اذ ان الشرط الاول لا يكفي وحده لاعادة الاجراء، بل لا بد ان تكون الاعادة ضرورية فأن لم تكن كذلك، أي بمعنى اخر ان

---

1 – د. مأمون سلامة – الاجراءات الجنائية في التشريع المصري – دار الفكر العربي – مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي – القاهرة 1979– ص420.

2 – د. محمد سعيد نمور – اصول الاجراءات الجزائية – ص 91.

الغاية من الاجراء قد تحققت من خلال اجراء صحيح او ان هذه الغاية قد اصبحت بلا فائدة في الدعوى، فلا تلتزم المحكمة بالاعادة. ولا بد ان تكون الاعادة ممن يملك قانوناً مباشرة هذا الاجراء.

10.2 موضع التفتيش من نظرية البطلان

اختلفت التشريعات في موقفها من موضع التفتيش من نظرية البطلان ومرد هذا الاختلاف هو تعدد مذاهب البطلان، واعتناق تشريعات لمذهب البطلان النصي واعتناق البعض لمذهب البطلان الذاتي، في حين اعتنق البعض الاخر المذهبين معاً.

وقد ادى ذلك الى عدم استقرار الاجتهاد القضائي في موقفه من طبيعة بطلان التفتيش، وانعكاس ذلك على الفقه حيث ظهرت عدة اراء حول هذه المسألة.

11.2 موقف التشريعات من بطلان التفتيش

ان التشريعات التي اخذت بالبطلان النصي، نصت صراحة على الحالات التي يبطل فيها اذن التفتيش، كالقانون الصومالي، اذ يستدل من المادة 84 من قانون الاجراءات الجنائية الصومالي ان اذن التفتيش يبطل اذا لم يكن مكتوباً او مؤرخاً او مسبباً او موقعاً عليه من السلطة التي اصدرته، كذلك المادة 85 من ذات القانون نصت على بطلان التفتيش الذي يجريه ضابط الشرطة في حالة الضرورة الملحة، وذلك في حال ما اذا لم يصدق عليه القاضي خلال ثمانية ايام من تنفيذه.

اما المشرع المصري وبعد ان اخذ بنظرية البطلان الذاتي في المادة 331 من قانون الاجراءات الجنائية جاء في المادة 332 ليورد الامثلة على البطلان المتعلق بالنظام العام حيث نصت هذه المادة على انه (اذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة او بولايتها بالحكم في الدعوى او باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضه عليها او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به في اية حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب).

ثم جاءت المادة 333 مقررة في فقرتها الاولى ان (في غير الاحوال المشار اليها في المادة السابقة يسقط الحق في الدفع ببطلان الاجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائي او التحقيق بالجلسة في الجنح والجنايات، اذا كان للمتهم محامي وحصل الاجراء بحضوره بدون اعتراض منه).

وبينت المذكرة الايضاحية للمادة 333 ان الاحكام الخاصة بالتفتيش والقبض والحبس الاحتياطي والاستجواب والاختصاص من حيث المكان، تتعلق بمصلحة الخصوم ويلاحظ ان المشرع المصري غلب نظرية البطلان الذاتي على البطلان وفقاً للمادة 331 من قانون الاجراءات.[1]

وظاهر من ذلك ان موقف قانون الاجراءات لم يساعد كثيراً على حل مشاكل البطلان، بل ربما زادها تعقيداً، لذا نجد خلافاً في الفقه حول طبيعة بطلان التفتيش.[2]

اما المشرع الاردني، فنجده قبل التعديل الذي طرأ على قانون اصول المحاكمات الجزائية بتبنية نظرية البطلان في القانون المعدل لقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 16 لسنة 2001، لم يكن يأخذ بنظرية البطلان الا ان هناك بعض النصوص التي اخذ بها بالبطلان القانوني وهي المادتين 227 و 229 منه، وبالتالي فان مشكلة التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي لم تكن قائمة في ظل قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 9 لسنة 1961 م.

وعندما تبنى المشرع نظرية البطلان في المادة السابعة من التعديل والتي جاء فيها:

"1- يكون الاجراء باطلاً اذا نص القانون صراحة على بطلانه، او شابه عيب جوهرياً لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء.

---

1 – د. محمود محمود مصطفى – اتجاهات جديده في قانون الاجراءات الجنائية – مجلة القانون والاقتصاد، س21، عدد 2 ص 224 مشار اليه لدى د.سامي الحسيني – مرجع سابق ص408.

2 – د. توفيق الشاوي – البطلان المطلق والبطلان النسبي – المحاماة، س37، سنة 1957 ن عدد 8 ص1042.

2- اذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة احكام القانون المتعلقه بتشكيل المحكمة او ولايتها للحكم في الدعوى او باختصاصها النوعي او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به في اية حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب.

3- يزول البطلان اذا تنازل من شرع لمصلحته صراحة او ضمناً وذلك باستثناء الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام".

فالمشرع اخذ بنظرية البطلان النصي والبطلان الذاتي في الفقرة الاولى، كما ضربت الفقرة الثانية بعض الامثلة على البطلان المتعلق بالنظام العام، كما جاءت الفقرة الثالثة بالبطلان النسبي المقرر لمصلحة احد الخصوم والذي يزول اذا تنازل عنه من شرع لمصلحته.

والسؤال الذي يثور هنا ان المشرع ضرب بعض الامثلة على البطلان المتعلق بالنظام العام وهذه الامثلة جميعها تتعلق باجراءات المحاكمة، الأمر الذي يوحي ان اجراءات التحقيق لا يترتب على مخالفته بطلان متعلق بالنظام العام، ومنها بطلان التفتيش حيث ان البطلان المترتب هنا هو بطلان نسبي وليس مطلقا، وهذا التفسير يمكن استخلاصه من ظاهر النص. للوهله الاولى ولكن اذا دققنا في النص نجد انه قد اورد عبارة (او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام) الامر الذي يوحي ان البطلان المطلق يشمل اجراءات التحقيق الابتدائي وفقاً لجوهرية القاعدة التي خولفت.

12.2 الخلاف الفقهي حول طبيعة بطلان التفتيش

ذهبت اراء الفقه في طبيعة البطلان، من حيث نوعه،الى مذاهب شتى[1] فذهب رأي الى القول بان احكام التفتيش تتعلق بمصلحة الخصوم وحدهم، وان البطلان المترتب على مخالفتها هو بطلان نسبي، بينما ذهب رأي اخر الى ان بطلان التفتيش من النظام العام الا في حالة واحدة، وذهب رأي ثالث الى القول ان

1- د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص409

بطلان التفتيش من النظام العام عند مخالفة القواعد الموضوعية ونسبي يتعلق بمصلحة الخصوم، عند مخالفة القواعد الشكليه [1] وسوف اتناول هذه الاراء على التوالي:

اولاً: الراي القائل بالبطلان النسبي

ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن قانون الاجراءات الجنائية قد اعتبر القواعد الجوهرية في التفتيش مما يتعلق بمصلحة المتهم او غيره من الخصوم في الدعوى، وان مخالفة هذه القواعد ترتب البطلان النسبي في جميع الاحوال [2] ويستند هذا الرأي الى تدعيم رأيهم الى القول ان المادة 333 اجراءات تعد سقوط الحق في الدفع في البطلان اذا كان للمتهم محام وحصل الاجراء بحضور دون اعتراض منه، بالاضافة انه ورد في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون عن هذا النص (ان البطلان يكون نسبياً اذا كان الاجراء الجوهري متعلقاً بمصلحة المتهم او باقي الخصوم، فلا يقضي بالبطلان الا بناء على طلب صاحب الشأن، وجاء في هذه المذكره ان من احوال البطلان النسبي الاحكام الخاصة بالتفتيش والضبط والقبض والحبس الاحتياطي والاستجواب والاختصاص من حيث المكان) كما ساق اصحاب هذا الرأي حجة اخرى لتدعيم وجهة نظرهم مفادها ان المادة 332 اجراءات اوردة عبارة (او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام)، وقد جاءت بصيغة عامة لا محل لاعمالها على قواعد التحقيق الابتدائي فالمادة 333 لم تنص على نوعين من البطلان فالمشرع لم ينص على المغايرة ولو شاء المشرع لجعل بعض قواعد التحقيق ضمن هذا النص أي عبارة تؤدي هذا المعنى كما فعل في المادة 332 والتي نظمت احكام بطلان المحاكمة، فضلاً عن ان المذكرة الايضاحية للمادة 332 ضربت امثلة تتعلق جميعها باجراءات المحاكمة مما يؤكد ان المادة 332 تنظم بطلان هذه الاجراءات

1- د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص455

2 – د. رؤف عبيد – المشكلات العملية – مرجع سابق – ج2 – ص326، الدكتور عمر السعيد رمضان – مبادئ قانون الاجراءات الجنائية –1985– الجزء الاول – فقرة 243.

دون غيرها ولو ان عبارة (او غير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام)، تنصرف الى اجراءات التحقيق الابتدائي لاشارات المذكرة الايضاحية ولو الى اجراء واحد منها.

وقد انتقد الدكتور عبدالمهيمن بكر هذا الرأي بقوله ان هذا الفهم لا يستقيم مع الحقيقة القانونية التي قصدها واضعوا هذين النصين، فضلاً عن مجافاتـــه المنطـــق والعقل، فقد فات على القائلين بالبطلان النسبي امران: اولهما ما جاء فـــي المـــذكرة الايضاحية للمادة 333 من ان (البطلان يكون نسبياً اذا كـــان الاجـــراء الجـــوهري متعلق بمصلحة للمتهم او باقي الخصوم)، وفي التفتيش وغيره من اجراءات التحقيق الابتدائي قواعد موضوعيه يهدف بها المشرع الى تحقيق مصلحة عامة، فهي بـــذلك من النظام العام، بل ان هذا المعنى مقرر في شأن بعض القواعد الشكلية، وثانيهمـــا وهنا الاهم ان المشرع قال في المادة 332 بعدما ذكره فيها من امثلة (او بغير ذلـــك مما هو متعلق بالنظام العام) وهذا من قبيل الحرص الواضح على استبعاده من جمع الاستدلالات والتحقيق بالجلسة، وبطلانها نسبي، مـــا لـــيس منهـــا وهـــي قواعـــد الموضوعية الجوهرية التي يقصد بها مصلحة عامة والتي تعد من النظام العام واي قاعدة اخرى شكلية تعد من النظام العام، واية ذلك انه احتاط في صياغة المادة 333 ذاتها فاستهلها بالقول (في غير الاحوال المشار اليها في المادة السابقة)، وهو ما يفيد انه يستثني من البطلان النسبي الذي عرض له فيها قواعد من النظام العام تتصـــل بما ذكره حتماً أي باجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي، وهذا يدل على ان احكام التحقيق الابتدائي الجوهرية والتي يكون غرض المشرع منها ابتداءاً تحقيق مصـــلحة عامة تعد من النظام العام، وتدخل في نطاق المادة 332 لا المادة 333.[1]

فيعد من قبيل البطلان المطلق او من النظام العام انعدام السبب لعـــدم وقـــوع جناية او جنحة او عدم التحريات للأذن بالتفتيش او مباشرته.

1- د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 457.

ثانيا: الرأي القائل بالبطلان المطلق الا في حالة واحدة ذهب صاحب هذا الرأي الى اقامة بنيانه في نوع بطلان التفتيش على اساس البحث فيما يعد مـن النظـام العـام بنطاق الاجراءات الجنائية [1].

وقد اخذ صاحب هذا الرأي يوضح ما يعد من النظام العام بطـرق الاسـتقراء فذكر:

اولاً: قواعد التنظيم القضائي، وهي التي تحدد نظام التقاضي امام المحكمة فتبين تشكيل المحكمة واختصاصها، وواجبها في مباشرة جميع اجـراءات الـدعوى، واحـوال رد القضاة وصلاحيتهم، ودرجات التقاضي وطرق الطعن، وشروط صحة الاحكام وعلانية الجلسات.

ثانيا: الشروط الموضوعية للعمل الاجرائي فان الاجراء يقتضي لصحته توفر شـروط موضوعية واخرى شكلية، والشروط الموضوعة تمليها جميعاً فكرة المصلحة العامـة، بل ان شرعية العمل تستمد من هذه الشروط، وذكر من ذلك اهلية الاختصاص والمحل والسبب.

ثالثاً: الاشكال الجوهرية التي يقتضيها النظام الاجرائي، فالنظام الاجرائي الذي يأخذ به النظام المصري هو النظام (المختلط) وفيه اصبح لكل من التحقيق الابتدائي والنهـائي اصول يتعين مراعاتها، ومن هذه الاصول يتحدد النظام الاجرائي في القانون، فالتحقيق الابتدائي يقوم على مبدأ حضور الخصوم عدا احوال يقدر فيها المحقق سرية التحقيـق ويقوم على حرية المتهم في إبداء اقواله فهذه هي احوال البطلان المتعلق بالنظام العام اما بالنسبة لبطلان التفتيش فيرى ان بطلان التفتيش يتعلق بالنظام العام الا فـي حالـة واحدة وهي عدم حضور شاهدين في التفتيش الذي يجريه مأمور الضبط اذا لم يحضر المتهم او من ينيبه.

وقد انتقد هذا الرأي [2] من حيث انتفاء اساسه في التشريع بل انتفاء حكمتـه فلماذا يتعلق بطلان التفتيش بالنظام العام في كل ضوابطه واحكامـه الا فـي حالـة

1- د. احمد فتحي سرور – نظرية البطلان – مرجع سابق – ص 153، 161.

2- د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية – ج1 – ص 343.

واحدة، هي عدم حضور الشاهدين في التفتيش الذي يجريه مأمور الضبط القضائي اذا لم يحضر المتهم او من ينيبه، وما علة تخصيص هذه القاعدة الشكلية بحكم خاص من بين القواعد الاخرى الشكلية، ولماذا لا تخضع القواعد الشكلية فيه برمتها لقاعدة موحدة فيه مع لزوم التوحيد وقيامه على منطق واحد وحكمه مشتركة.

كما قيل انه حتى ولو صح القول بان القواعد الشكلية تعتبر من النظام العام متى كان النظام الاجرائي يقضي توفرها، فان القول بان النظام الاجرائي يقتضي حضور المتهم او من ينيبه عنه، دون ان يقتضي حضور شاهدين عند عدم امكان حضور المتهم بنفسه وهو قول لا يستقيم الاخذ به، فاقتضاء حضور شاهدين انما هو الاجراء البديل عن حضور المتهم او من ينيبة، ومن ثم فان النظام الاجرائي يقتضي توفر الاجراء الاصلي، او الاجراء البديل على الاقل، ولا يمكن القول بان الاجراء الاصلي وحده هو الذي ينبغي توفره [1].

ثالثا: الرأي القائم بالتفريق بين القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية.

هذا الرأي يقول ان مخالفة أي من القواعد الموضوعية ترتب البطلان المتعلق بالنظام العام، اما القواعد الشكلية فان معظمها تؤدي مخالفتها الى البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم وهو ما يعبر عنه في الفقة بالبطلان النسبي [2].

فالقواعد الموضوعية هي قواعد نشوء الحق في مباشرة الاجراء او هي مقومات وجوده وتوفرها يعني شرعية الاجراء، الغرض منها (اساسا) هو تحقيق مصلحة اساسية للدولة او (عامة) بالدرجة الاولى، فانها تنظم سياسة الدولة في تحديد القدر الذي تعتنقة من حريات الافراد وحرمة حقوقهم الشخصية وما اليه، وهي في ذات الوقت تحقق لافراد المجتمع باسره ما قررته الدولة في شأن كفالة

1- د. سامي الحسيني، مرجع سابق - ص 415.

2- د. توفيق الشاوي - البطلان المطلق والبطلان النسبي - المحاماه سنة 1957، العدد 8، ص 1042-1044.

الحريات والحقوق الشخصية فهي من النظام العام، ومخالفتها تلحق عيباً في مقومات وجوده وتشويه في شرعيته. [1]

اما القواعد الشكلية ومخالفتها ترتب بطلان يتعلق بمصلحة الخصوم لانها تشوب العمل بعدم الملائمة فحسب، مع قيام الحق في مباشرته [2]، ومنها قاعدة من النظام العام وهي تفتيش الانثى بمعرفة انثى، لان الغرض منها تحقيق مصلحة عامة، هي مصلحة المجتمع في رعايته لتقاليده وقواعد الاداب السائدة فيه، ولذلك فان بطلانها من النظام العام [3] والقواعد الموضوعية في اجراء التفتيش هي: السبب، والاختصاص، والمحل، وجميعها تستهدف مصالح اجتماعية معينة، وتحقق للدولة مصلحة في مباشرة اجراءاتها بمبرر قانوني، وفي نطاق معين ومن مختص يحقق الحياد في الوصول الى الحقيقة، وبذلك يستهدف المشرع بها (اساسا) تحقيق العدالة الجنائية، التي هي سمة الدولة القانونية المتمدنة [4]، والا يكون هناك مساسٌ بالحقوق والحريات الا في اضيق نطاق ممكن لتحقيق مصلحة المجتمع، لذلك كان من الطبيعي ان تعد محققه لمصالح النظام العام، وان مخالفتها ترتب بطلانا من النظام العام[5]

وارى ان الرأي الاخير هو الاصوب، لذات الاسباب والحجج الذي ساقه هذا الرأي.

الحقيقة ان المشرع الاردني عندما اورد الامثلة على البطلان المطلق في المادة 7 / 2 من قانون اصول المحاكمات الجزائية لم يكن يقصد قصر هذا البطلان على الاحكام المتعلقة بالمحكمة. انما كان يقصد مجرد محاولة لتكملة الامثلة الواردة بالنص على نحو يتسق مع صياغته، ولا يعني ذلك استبعاد اجراءات التحقيق الابتدائي من نطاق المسائل المتعلقة بالنظام العام، ودليل ذلك ما اورده المشرع في

1- د. عبدالمهيمن بكر، مرجع سابق – ص 466.

2- د. سامي الحسيني، مرجع سابق – ص 417.

3 – د. عبدالمهيمن بكر، مرجع سابق – ص 466.

4 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 417، 418.

5 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص468.

ذات المادة بقوله (.. او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام...)، الامر الذي يعني ان ما ورد في هذه المادة على سبيل المثال لا الحصر وبالتالي فان اجراءات التحقيق ومنها التفتيش تنطوي تحت هذا النص، وفقاً لنوع المصلحة التي تهدف الى تحقيقها، فالشروط الموضوعية للتفتيش تهدف الى تحقيق مصلحة عامة فمخالفتها يترتب بطلانا مطلقا، اما الشروط الشكلية للتفتيش فتهدف الى تحقيق مصلحة خاصة للمتهم ومخالفتها ترتب بطلانا نسبياً باستثناء قاعدة تفتيش الانثى بمعرفة انثى فهي تهدف الى تحقيق مصلحة عامة، ومخالفتها يرتب بطلان من النظام العام..

13.2 موقف القضاء من بطلان التفتيش

لم يتبن الاجتهاد القضائي الاردني ممثلاً بمحكمة التمييز ايا من نظريات البطلان، وذلك في ظل غياب النص التشريعي في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 9 لسنة 1961م، فاحياناً تأخذ بالبطلان النصي وحدة، وفي احكام اخرى تأخذ بالبطلان الذاتي دون القانوني، وفي احكام اخرى تأخذ بنوعي البطلان.

ومن الامثلة على اخذها بالبطلان النصي، ما قضت به محكمة التمييز في قرارها جاء فيه [1] (ان اخذ افادة المتهم بعد انقضاء المدة المنصوص عليها في المادة 100 من اصول المحاكمات الجزائية لا يستوجب بطلان الافادة ولم يرتب البطلان على تجاوزها) وقضت في حكم اخر لها جاء فيه (عدم قيام هيئة التحقيق بتلاوة التهمة على المتهم عند ادائه الافادة وعدم سؤاله ان من حقه الا يجيب على التهمه الا بحضور محام لا يجعل هذه الافادة باطلة اذا لم ينص القانون على بطلان مثل هذه الافادة ولا بطلان بدون نص) [2] وفي هذين القرارين اخذت محكمة التمييز بالبطلان النصي، ولم ترتب بطلان الاجراءات لعدم وجود نص يقتضي ذلك مع علمها بان المشرع الاردني لم ياخذ بنظرية البطلان النصي، وبرغم ان تلك

---

1 – تمييز جزاء رقم 75/67، مجلة نقابة المحامين 1975، ص962.

2 – تمييز جزاء رقم 81/99، مجلة نقابة المحامين 1981، ص2078.

الاجراءات تمس حقوق الدفاع المقدسة، التي يترتب على انتهاكها بطلان الاجراءات.

ومن القرارات الصادرة عن محكمة التمييز والتي اخذت فيها بنظرية البطلان الذاتي قرارها رقم 91 /71 والذي جاء فيه [1] "المحكمة التي استمعت الشهادة لم تتل اقوال الشاهد التحقيقية وتدون ما ظهر بينها وبين شهادته الاخيرة من تباين وتستوضح منه عن سبب ذلك، كما تتطلب الفقرة الخامسة من المادة 219 من قانون اصول المحاكمات مع ان هذا الاجراء هو من الاجراءات الجوهرية التي يترتب على اغفالها اعتبار الحكم معيباً وحقيقياً بالفسخ".

لم تبين المحكمة في القرار السابق جوهر المصلحة المراد حمايتها من الاجراء هل تتعلق بمصلحة عامة ويترتب على مخالفتها بطلان مطلق ام انه أي الاجراء شرع لتحقيق مصلحة لاحد الخصوم ويترتب على مخالفته بطلان نسبي. [2]

وفي قرار اخر لهذا المحكمة جمعت فيه بين البطلان الذاتي والبطلان النصي فقضت (لقد استقر الفقه والقضاء على ان البطلان لا يترتب على اغفال اجراء نص عليه القانون الا في حالة نص القانون على البطلان او ان يرد النص على اجراء بصيغة الوجوب على اعتبار انه جوهري).[3]

ويؤخذ على هذا القرار ان تحديد جوهرية الاجراء لا يتوقف على ورده بصيغة الوجوب بل الجوهرية تتمثل في المصلحة التي يراد حمايتها من الاجراء فاذا كانت المصلحة هي مصلحة عامة او مصلحة لاحد الخصوم عد الاجراء جوهري، اما اذا كان هدف الاجراء التنظيم والارشاد عد الاجراء غير جوهري.

اما فيما يتعلق بموقف محكمة التمييز الاردنية من بطلان التفتيش، فلا يمكن استخلاص موقف محدد لهذا المحكمة، في ظل ندرة الاحكام الصادرة عنها بهذا الخصوص فقد جاء في حكم لهذا المحكمة بانه (لا يرد القول باعتبار اجراءات تفتيش

1 – تمييز جزاء رقم 71/91، مجلة نقابة المحامين 1971، ص417.

2 – د. عبدالاله النوايسة – مرجع سابق، ص578.

3 – تمييز جزاء رقم 75/8، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، سنة 1975،ص473.

منزل المتهم دون حضوره او حضور من ينوب عنه باطله لمخالفتها لشروط المواد 83 – 85 من قانون اصول المحاكمات الجزائية لان البطلان في الاصول لا يترتب على اغفال اجراء نص عليه القانون، الا في حالة النص على البطلان او ورود النص على اجراء بصيغة الوجوب على اعتبار انه اجراء جوهري)[1]

وقد اكدت محكمة التمييز هذا القرار بقرار اخر لها جاء فيه (ذهب الاجتهاد القضائي الى ان مخالفة المواد 83 – 85 من الاصول الجزائية الباحثة في التفتيش، لا يترتب عليها البطلان في الاصول لأن البطلان لا يترتب على اغفال اجراء نص عليه القانون الا في حالة النص على البطلان او ورود النص على اجرائه بصيغة الوجوب على اعتبار انه اجراء جوهري).[2]

وما يؤخذ على هذين الحكمين ان المحكمة اوجبت ان ينص القانون على البطلان لتقضي به المحكمة مع علمها ان المشرع لم يأخذ بمذهب البطلان النصي من جهة ومن جهة اخرى فان المعيار في تحديد جوهرية الاجراء وهو الغاية من الاجراء فاذا كانت غايته حماية مصلحة عامة او خاصة فان مخالفته يترتب عليها البطلان، اما اذا كان غاية الاجراء التوجيه والارشاد فان مخالفته لا يترتب عليها البطلان، وبما ان الحضور للمتهم يهدف الى مواجهته في الدليل المستمد من التفتيش لتحديد موقفه منه، فان مخالفة هذا الاجراء يترتب عليه البطلان، وهو بطلان نسبي لتعلقه بمصلحة المشتكي عليه.

وهذا الموقف المتقدم لمحكمة التمييز كان في ظل قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 9 لسنة 1961 م. اما وقد اخذ المشرع الاردني بنظرية البطلان في ظل قانون اصول المحاكمات الجزائية المعدل رقم 16 لسنة 2001 وجمع في هذه النظرية بين البطلان النصي والبطلان الذاتي، فاننا نأمل من قضائنا الاردني ممثلا

1- تمييز جزاء رقم690 /2000 تاريخ 2000/8/7 المنشور على الصفحة 8/329من المجلة القضائية لسنة 2000.

2- تمييز جزاء رقم 292 /1991 تاريخ 1993/3/2 المنشور على الصفحة 1577 من مجلة نقابة المحامين لسنة 1993..

بمحكمة التمييز ان يتبلور موقفها من بطلان التفتيش وذلك بان تميز بين البطلان المتعلق بالقواعد الموضوعية للتفتيش بان ترتب على مخالفتها بطلان مطلق وترتب على مخالفة القواعد الشكلية للتفتيش بطلان نسبي لتعلقها بمصلحة الخصوم باستثناء قاعدة تفتيش الانثى بواسطة انثى وذلك بان ترتب على مخالفتها بطلان مطلق لتعلقها بمصلحة عامة هي مصلحة المجتمع في رعاية تقاليده، وقواعد الادب السائدة فيه.

اما بخصوص موقف محكمة النقض المصرية من بطلان التفتيش، فقد فرقت هذه المحكمة في نوع البطلان المترتب على مخالفة قواعد التفتيش الموضوعية الشكلية.

ففيما يتعلق بالقواعد الموضوعية للتفتيش، استقر قضاء محكمة النقض على ان يترتب على مخالفتها بطلان من النظام العام.(1)

اما فيما يتعلق في نوع البطلان المترتب على مخالفة القواعد الشكلية فلم يستقر قضاء هذه المحكمة على اتباع قاعدة معينة، فاحياناً تعتبر ان هذا البطلان متعلق بالنظام العام، واحيان اخرى تعتبر ان هذا البطلان متعلق بمصلحة الخصوم. فقضت هذه المحكمة بان حضور الشاهدين عند قيام مأمور الضبط القضائي بالتفتيش م51 من قانون الاجراءات ما يدل على القانون اراد ان يحيط حرية المساكن بما يمكن من الضمانات، فحكم القانون اذن متعلق بالنظام العام، ويترتب على مخالفتها بطلان الاجراء حتماً وبغير حاجة الى تمسك المتهم بهذا البطلان، بل يجب على المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يسقط الحق في التمسك به السكوت عن ابدائه قبل سماع شهادة الشهود، بل يجوز الدفع به في اية حالة كانت عليها الدعوى(2)، ولكن نجد ان قضاء النقض قد تراجع عن هذا الحكم حيث قضت بان

---

1 – نقض 27 ديسمبر القواعد 1933، مجموعة القواعد، 3 – 176 – 226، ونقض 12 مارس 1934 مجموعة القواعد 3 – 219 – 290، نقض 12 يونية 1934 ن مجموعة القواعد 3 – 226 – 256.

2 – نقض مصري 23/ 1/ 239، مجموعة القواعد في 25 عاماً، ج1، رقم 136، ص 408.

حصول التفتيش بغير حضور المتهم لا يترتب عليه قانونا بطلانه، فالقانون لم يجعله شرطا جوهريا لصحة التفتيش. [1]

اما قاعدة تفتيش الانثى في المواضع الجسمانية التي تعد عورة بمعرفة انثى سواء اعتبرتها من قواعد الشكل او قاعدة موضوعية فانها تعد من النظام العام، وترتب البطلان من النظام العام، ولم يتحول القضاء عن ذلك لانها مقررة بالنص لمصلحة عامة. [2]

1 – نقض 19 ديسمبر 1938 مجموعة القواعد – 4 – 313 – 407 ونقض ديسمبر سنة 1947 مجموعة القواعد 7 – 447 – 415.

2 – د. عبدالمهيمن بكر – مرجع سابق – ص 470.

الفصل الثالث

بطلان التفتيش لمخالفة الشروط الموضوعية

تحصل الأسباب الموضوعية للبطلان من عدم مراعاة الشروط الموضوعية اللازمة لصحة العمل الإجرائي، والتفتيش كإجراء تحقيقي لضبط ما يفيد في كشف الحقيقة له مقتضيات موضوعية وشروط شكلية، الأولى تمثل مقومات الإجراء، لذلك لا خلاف على انه إذا تخلف أي مقتضى منها، فان الإجراء يكون باطلا.[1]

وإذا كان الأمر كذلك، فان السؤال الذي يمكن طرحه إذا كانت مخالفة الشروط الموضوعية للتفتيش ترتب البطلان، فهل البطلان في هذه الحالة متعلق بالنظام العام في جميع الأحوال، أما انه بطلان متعلق بمصلحة الخصوم أما أن البطلان المترتب على مخالفة الشروط الموضوعية للتفتيش ليس على درجة واحدة ؟

1.3 استخلاص مدلول الاختصاص الذي يترتب على تخلفه جزاء البطلان

يتولى التحقيق الابتدائي في الدعوى الجنائية قضاة التحقيق في ظل النظم التي تعتنق مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، وقد يعهد في التحقيق لاعضاء النيابة العامة (وهم ايضاً قضاة) في ظل النظم التي تأخذ بمبدأ الجمع بين سلطتي التحقيق والاتهام[2] كالتشريع الاردني.

والمختص بالتفتيش كأجراء تحقيقي في التشريع الاردني هو المدعى العام وذلك وفقاً للفصل الخاص بوظائف المدعي العام الواردة في الفصل الثالث بقانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، وكذلك يختص بالتفتيش اعضاء الضابطة العدلية في حالة التلبس (الجرم المشهود) و الندب من قبل المدعي العام وكذلك في الجرائم الواقعة داخل المنزل والذي يطلب صاحب المنزل من افراد الضابطة العدلية اجراء تحقيق بشأنها وذلك طبقاً لنص المواد 42،28، 46، من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

---

1 – د. حامد راشد – احكام تفتيش المسكن – مرجع سابق ص247

2 – د. سليمان عبد المنعم – مرجع سابق – ص 130

والاختصاص بالتفتيش يحكمه قواعد معينة فلا بد أن يكون المدعي العام مختصا نوعيا ومكانيا بالتحقيق في الجريمة المرتكبة،وكذلك بالنسبة لموظف الضابطة العدلية فلا بد من توافر شرطي الاختصاص النوعي والمكاني لصحة اجراء التفتيش الذي يجريه بناء على حالة التلبس أو الإذن به. لذا فإن التفتيش يكون باطلا من حيث الاختصاص به في حالة قيام المدعي العام به في حالتين:

الحالة الاولى: اذا لم يكن المدعي العام مختصا نوعيا بالجريمة التي يراد التفتيش لإجلها، فهناك من الجرائم المحددة على سبيل الحصر بأنها من اختصاص مدعي عام محكمة أمن الدولة وهي الجرائم الواردة في المادة الثالثة من قانون محكمة امن الدولة رقم 20 لسنة 2004. فإذا أصدر مدعي عام محكمة الجنايات الكبرى إذن للضابطة العدلية بالتفتيش بشأن جريمة من إختصاص مدعي عام أمن الدولة فإن الإذن الصادر في هذه الحالة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا أما اذا كان مصدر الإذن المدعي العام لدى محكمة البداية فان الاذن يعتبر صحيحا لكونه صاحب ولاية عامة.

ولا بد من الإشارة الى أن البطلان لا يترتب اذا كان هناك تلازم بين الجرائم ،فلو أصدر مدعي عام محكمة الجنايات الكبرى إذنا للضابطة العدلية بإجراء التفتيش في جريمة من إختصاص مدعي عام محكمة أمن الدولة وكانت الجريمة متلازمة مع جريمة اخرى من إختصاص مدعي عام محكمة الجنايات الكبرى فإن البطلان لا يترتب في مثل هذه الحاله.

ويفقد المدعي العام اختصاصه اذا خرجت الدعوى الجنائية من حوزته اما بصدور قرار عدم اختصاص او بمنع محاكمة المشتكى عليه او احالة القضية الى المحكمة المختصة وبالتالي فلا يحق له مباشرة أي عمل اجرائي بشان هذه الدعوى كالتفتيش لمنزل المشتكى عليه واذا تم هذا العمل فانه يكون باطلا.

ولابد من الإشارة – إلى أن المدعي العام يجب أن يتمتع بالاهليه العامة أو الموضوعية والتي تعني أن يكون قد صدر قرار بتعينه وأن لا يحول مانع دون

مباشرته لمهام وظيفته، والا كانت جميع الإجراءات التي يتخـذها ومنهـا التفتـيش باطلة، ومن البديهي أن شرط الاختصاص يستغرق الاهلية العامة " [1]

ومن الجدير بالذكرأن محكمة التمييز اعتبرت جميع قواعد الاختصاص ومنها قواعد الاختصاص المكاني – من النظام العام، فقد اعتبرت المحكمة في قرار لهـا صادر عن الهيئة العامة أن قواعد الاختصاص في المؤاد الجزائية من النظام العـام ويترتب على مخالفتها البطلان، وهو البطلان المتعلق بالنظام العام وان لم تصـرح المحكمة بذلك[2].

الحالة الثانية: إذا لم يكن المدعى العام مختصاً مكانياً، فإذا تجاوز المـدعي العـام حدود الإختصاص المكاني فان الاثر المترتب على ذلك بطـلان الاجـراء فلـو أن مدعي عام محكمة بداية معان إجراء تفتيش منزل المشتكى عليه الذي يقـع ضـمن دائرة اختصاص محكمة بداية الكرك فإن هذا التفتيش يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام.

ولا يملك المدعي العام في المثال السابق الا انابة مدعي عام محكمـة بدايـة الكرك لاجراء التفتيش لمنزل المشتكى عليه الواقع ضمن دائرة اختصاصـه (م 92) من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

ويستثنى من قاعدة الاختصاص المكاني مدعى عام محكمة الجنايات الكبرى، والذي يملك التفتيش في جميع انحاء المملكة وفقاً للمادة (7 /2) من قـانون محكمـة الجنايات الكبرى في الجرائم الداخلة في اختصاصه.

أما بالنسبة لموظفي الضابطة العدلية فإن التفتيش الذي يقومون بـه يكـون باطلاً من حيث الاختصاص في حالتين.

الحالة الاولى: إذا قام موظف الضابطة العدلية باجراء تفتيش المشتبه به أو منزلـة بناء على توافر حالة الجرم المشهود على الرغم من عدم توافر شروطه، ومثال ذلك أن يتم ضبط الجاني بالجرم المشهود بطريقة غير مشروعة. والـبطلان فـي هـذه

1- د. سامي الحسيني – مرجع سابق– ص 404.

2- تمييز جزاء – مجلة نقابة المحامين – لسنة 1988 العدد 5– ص1779.

الحالة هو بطلان مطلق لان قاعدة الاختصاص مقررة لمصلحة العدالة لا لمصلحة الافراد.

الحالة الثانية: أن اعضاء الضابطة العدلية يملكون حق التفتيش للاشخاص أو المنازل بناء على الاذن من السلطة المختصة بالتحقيق (المدعي العام) وفقاً للمادتين (48-92) من قانون اصول المحاكمات الجزائية ولابد أن يكون موظف الضابطة العدلية مختصاً نوعياً ومكانياً والاختصاص النوعي يتحدد وفقاً لأحكام المواد (7، 8، 9) من قانون اصول المحاكمات الجزائية أما الاختصاص المكاني فيتحدد ضمن الحدود الجغرافية لمديرية الشرطة التي يعمل بها فإذا انتدب احد افراد الشرطة لاجراء التفتيش من غير الواردين في المواد (7، 8، 9) فان الاذن بالتفتيش يقع باطلاً وما يسفر عنه من ادلة، كذلك إذا كان الاذن بالتفتيش قد منح لموظف الضابطة العدلية ولكن لاجراء التفتيش لمنزل المشتكى عليه الواقع خارج دائرة الاختصاص الاقليمي لموظف الضابطة العدلية فان هذا الاذن يكون باطلاً لتجاوزه حدود الاختصاص الاقليمي لموظف الضابطة العدلية ولابد من الاشارة أن اختصاص موظف الضابطة العدلية يتحدد بحدود الاذن الممنوح له فإذا تجاوز حدود هذا الاذن سواء من حيث محله او زمانه كان التفتيش باطلاً في هذه الحالة.

كذلك فان إجراء التفتيش الذي يقع من قبل الضابطة العدلية في غير الأحوال المصرح لهم بها بالتفتيش دون انابة يعتبر باطلا، وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز بقرار لها جاء فيه (التحقيق الذي يقوم به ملازم – ضابط – دون ان يكون لديه انتداب باجرائه يعتبر باطلا لا يبنى عليه حكم). ٦٢٢٤٧٢

ولكن المحكمة لم تبين السبب الذي يستند اليه حكمها في تقرير البطلان، ولا طبيعة الإجراء المخالف للقانون غير انه يفهم من منطوق قرار المحكمة ان الحكم بالبطلان هو نتيجة لمخالفة قاعدة تتصل بالنظام العام.[1]

ولا بد ان يتقيد موظف الضابطة العدلية بحدود الانابة الممنوحة له فاذا تمت الانابة لمراقبة وتسجيل مكالمات المشتكى عليه الهاتفية فلا يجوز له بناءا على

---

1 – د.معتصم مشعشع – بحث – بطلان الاجراءات الجزائية في اجتهاد محكمة التمييز – بحث منشور في مجلة المنار – المجلد 7 العدد 3، 2001

الانابة ان يفتش المشتكى عليه او يفتش المكان والا وقع هذا التفتيش باطلا و ما يسفر عنها من ادلة وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز بقرار لها جاء فيه (للمدعي العام ان يندب مساعديه المشار اليهم بالمادة 9 من هذا القانون واللذين يختصون بوظائف الضابطة العدلية ويكون لهذا الموظف سلطة المدعي العام فيما ندب له ولا يجوز لهذا الموظف ان يتعدى حدود هذه الانابة كما لا يجوز ان يباشر اجراء من اجراءات التحقيق التي يختص فيها المدعي العام دون ان يكون قد صدر منه امر الندب فاذا قام ذلك الموظف بالتحقيق في هذه الحالة فان اجراءاته تعد باطلة ولا ينبني عليها حكم) [1]

ويجب ان تكون الانابة الصادرة من المدعي العام لموظفي الضابطة العدلية خطية فالتفتيش الذي يستند الى انابة شفوية يعتبر باطلا وقد اوجبت محكمة التمييز وجوب الانابة الخطية في التفتيش بقرار لها جاء فيه (ان موافقة المدعي العام على اجراء التفتيش يجب ان تكون خطية لما للتفتيش من اثر في المساس بالحريات الشخصية للمواطنين والحياة العامة للناس وعليه وحتى تتاح الفرص لمحاكم الموضوع التحقق من وجود هذه الموافقة من عدمها فلا بد ان تكون خطية وموقعة من مصدرها وان القول بعكس ذلك يجعل التثبت من وجود هذه الموافقة أمر غير قابل للتطبيق و يصل بالنتيجة إلى إهدار هذه الضمانه من ضمانات التحقيق وسلامته) [2]. وقد اكدت على ذلك محكمة التمييز في قرار اخر لها جاء فيه (اذا كان النشاط الذي يمارسه الموظف مخالفا للقانون فانه يخرج العمل عن الصفة الوظيفية وعليه ولما كان من غير الجائز تفتيش المنازل في منتصف الليل وبدون حضور المختار او من يقوم مقامه او امام اثنين من اقارب المتهم وفقا لشروط واحكام المادة (85) من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي اوجبت ان يتم التفتيش بموجب مذكرة وفقا لحكم المادة (93) من ذات القانون فيكون التفتيش الذي قامت به شعبة

---

1 – تمييز جزاء رقم 54/8 – الموسوعة الجنائية الاردنية جزء 3 الدار العربية للموسوعات – القاهرة – 1979 – ص 253

2 – تمييز جزاء رقم 99/430 هيئة عامة تاريخ 1999/8/28 م المنشور على الصفحة 8/806 من المجلة القضائية لسنة 1999م.

امن واستطلاع المفرق في منتصف الليل وبدون حضور المختار او أي شاهد بدون مذكرة من المدعي العام مخالفا للقانون مما يخرجه عن مقتضيات الوظيفة ويكــون تشديد عقوبة قتل احد افراد فرقة التفتيش والحالة هذه في غير محله)[1].وباســتقراء هذا الاجتهاد لمحكمة التمييز نجدها استلزمت لصحة وسلامة التفتيش تــوافر عــدة شروط:

اولا: عدم جواز اجراء التفتيش ليلا.

ثانيا: ان يتم التفتيش بحضور المختار او من يقوم مقامه او امام اثنين مــن اقــارب المتهم في حالة عدم حضور الاخير.

ثالثا: ان يتم التفتيش بموجب مذكرة صادرة من المدعي العام المختص.

وقد رتبت محكمة التمييز في قرارها على مخالفة هذه الشروط فقدان القائم بالتفتيش للاختصاص باجرائه الامر الذي يعني بطلان اجرءات التفتيش بطلانا مطلقا.

إلا أن محكمة التميز وفي قرار حديث لها قد تراجعــت عــن اشــتراطها أن تكون مذكرة الإنابة التي يصدرها المدعي العام لأعضاء الضابطة العدلية في قســم من الأعمال الداخلة في وظيفته أن تكون مدونه [2] حقيقة الأمر أن هذا الاجتهاد محل نظر فالأصل أن تكون الإنابة التي يصدرها المدعي العام لأعضاء الضابطة العدلية مدونة، وفقاً لما تقضي به المادة 2/48 من قانون اصول المحاكمات الجزائية التــي جاء فيها (... إذا عهد المدعي العام إلى أي من موظفي الضابطة العدلية بقسم مــن الأعمال الداخلة في وظائفه.... وجب عليه أن يصدر مذكرة خطية بذلك) فالأصــل أن تكون الإنابة خطية ألا أنه استثناءا-في حالة الضرورة يمكن للمــدعي العــام أن يصدر انابة شفوية للضابطة العدلية-. لان القاعدة تقتضي أن تكون جميــع أعمــال التحقيق مدونه حتى تثبت لها آثارها والانابة عمل من اعمال التحقيق.

أما في التشريع المصري فإن المحقق يلجأ لإجراء التفتــيش خــارج نطــاق اختصاصه المكاني إلى طريق الندب من النيابة العامة أو المحامي العــام ويخــتص

---

1 – تمييز جزا رقم 97/697 مجلة نقابة المحامين، العددان 3+4 لسنة 1998، 46 ص941.

2 – تمييز جزاء رقم 396 /2002 تاريخ 2002/4/16 غير منشور.

وكيل النيابة الكلية بإصدار امر التفتيش في دائرة النيابة الكلية التي يعمل بها بغير حاجة إلى الحصول على تفويض من رئيس النيابة أو المحامي العام.

ويترتب على تجاوز حدود الاختصاص المكاني بالتفتيش بطلانه ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ أن الضرورة الإجرائية قد تستلزم تجاوز أفراد الضابطة العدلية حدود اختصاصهم المكاني كما في حالات الظرف الاضطراري المفاجئ أو حالة الاستعجال أو عند وقوع الجريمة ضمن دائرة اختصاصه وضرورة اتخاذ إجراء ما خارجها كالتفتيش مثلا، ففي هذه الأحوال لا يمكن القول ببطلان التفتيش لاتخاذه خارج حدود الاختصاص المكاني للضابطة العدلية ذلك ان الضرورة الاجرائية تقتضيه، وقد قضت محكمة النقض المصرية ببطلان التفتيش لتجاوز وكيل النيابة حدود الاختصاص المكاني في حكم لها جاء فيه "فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه ببطلان التفتيش على أن وكيل النائب العام بنيابة الزقازيق الكلية الامر به قد اصدر الامر اثناء ندبه للعمل في نيابة بندر الزقازيق في احدى فترات الاجازة الصيفية وأن قرار ندبه للعمل في هذه النيابة الجزئية تجعله مختصابها دون سواها فإذا اصدر اثناء فترة ندبه للعمل به امرا بتفتيش منزل المتهم الواقع في دائرة مركز الزقازيق بجريمة وقعت في هذا المركز فإنه يكون متجاوزاً اختصاصه، ولما كان ما قاله الحكم من ذلك صحيحاً في القانون، إذا أن قرار النائب العام بندب احد وكلاء النيابة المعينين باحدى النيابات الكلية أو الجزئية للعمل في نيابة اخرى في فترة معينة من شانه أن تتخصص ولايته بدائرة النيابة التي ندب لها في تلك الفترة، فلا يكون له أن يباشر اعمال وظيفته في دائرة النيابة المعين بها اصلاً، ما لم يكن قرار ندبه ينص على أن يقوم باعمال النيابة التي ندب لها بالاضافة إلى عمله الاصلي وهو مالاتدعيه النيابة في طعنها، ولما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى ببطلان التفتيش لعدم اختصاص وكيل النائب العام الامر بإصداره لايكون مخطئاً [1]

كذلك اوجب المشرع المصري توافر شروط حالة التلبس لمصلحة اجراء القبض والتفتيش والا وقعا باطلين، ومن هذه الشروط ان تكون حالة التلبس قد اكتشفت بطريقة مشروعة، فلو دخل مأمور الضبط القضائي الى مسكن دون رضاء

---

1 – نقض 20 اكتوبر سنة 1953 مجموعة احكام النقض 5 – 17 – 49

اصحابه وشهد شيئاً مما تعد حيازته جريمة، فان حالة التلبس تكون باطلة ويبطل كل ما يترتب عليها من قبض او تفتيش ولو ان التفتيش كان باطلاً فإن حالة التلبس التي تكشف نتيجة له تكون باطلة [1].

ومن الجدير بالذكر ان الاختصاص النوعي لموظفي الضابطة العدلية قد يكون مقيدا بنوع معين من الجرائم كموظفي الجمارك فلا يحق لهم ممارسة سلطات الضبط القضائي الا فيما يتعلق بجرائم التهريب الجمركي وفي هذه الحالة فان كل اجراء يقع من هؤلاء الاشخاص في غير الجرائم المرتبطة بوظيفتهم يصير اجراء باطلا لتجاوز حدود الاختصاص النوعي [2].

ويبطل التفتيش الذي يجريه موظف الضابطة العدلية للمنزل في الحالات التي يتطلب القانون فيها إذنا من النيابة العامة معتقداً خطئاً، بان النيابة قد اذنت له بهذا التفتيش، فحسن النية لا يحول دون وقوع البطلان. وبنفس الوقت فان اعتقاد متخذ الإجراء بعدم صحة الإجراء الذي يقوم به لا يحول دون صحته إذا توافرت الشروط المطلوبة فيه بصرف النظر عن اعتقاد متخذ الاجراء.

2.3 استخلاص مدلول المحل الذي يترتب على تخلفه جزاء البطلان

لا يستكمل التفتيش مقوماته دون أن ينصب على محل، ومحل التفتيش هو المستودع الذي يحتفظ فيه المرء بالأشياء المادية التي تتضمن سره، فالسر الذي يحتفظ به في ذات نفسه ليس موضوعا للتفتيش، وانما يمكن التوصل اليه بالاستجواب أو بالوسائل العلمية المتخصصة، والسر الذي يحميه القانون هو الذي يستودع في محل له حرمة، فوضع الاشياء في المزارع أو الحدائق المفتوحة أو الطرق العامة، يفقدها طبيعة السرية، ومن ثم لا تكون تلك الأماكن محلا للتفتيش وانما محلا للاطلاع والمعاينة.[3]

فالتفتيش هو الحصول على السر المتمثل في اشياء (مادية) في وعاء أو مستودع للسر يقرر القانون له حرمة، ولا يجيز المساس به الا بالقدر اللازم لتحقيق

1 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص – 467.

2 – د. سليمان عبد المنعم – مرجع سابق – ص – 156.

3 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص208

مصلحة المجتمع في كشف الحقيقة بشأن جناية أو جنحة وقعت، ويحيط وعاؤه بالضمانات التي تقرر نشوء الحق في هذا الإجراء [1] وضمانات تراعي مباشرته، وقد يكون مستودع السر أو وعاؤه الإنسان وقد يكون منزله أو أي مكان يختص به. وإذا كان ذلك هو مفهوم محل التفتيش، فلابد لصحة التفتيش الذي يرد على هذا المحل، ان يكون المحل (محددا، أي غير مجهول) وان يكون المحل مما يجوز تفتيشه.

3.3 بطلان التفتيش الناشئ عن عدم تحديد محله

يجب ان ينصب التفتيش على مكان محدد أو قابل للتحديد على الاقل، فإذا لم يكن قابلا للتحديد وقع التفتيش باطلا.[2]

فالتفتيش – لا يجوز مباشرته إلا إذا ورد على شخص أو منزل معين، فتفتيش المنزل كعمل إجرائي محله هذا المنزل المطلوب تفتيشه فإذا قام رجل الضابطة العدلية المكلف بالقيام بالتفتيش، بتفتيش منزل آخر غير المذكور في إذن التفتيش، وقع العمل باطلا لمخالفته لمحله، والأمر الصادر بتفتيش مجموعة غير محددة من الأشخاص أو الأشياء يكون باطلا لعدم تحديد محله [3]

فإذا كان المحقق يملك ان يفتش أي مكان من اجل كشف الحقيقة فإن ذلك لا يعني أن يملك اصدار امر تفتيش عام لكل المواطنين في جهة معينة، وإذا ما تم ذلك فإن هذا التفتيش وما يسفر عنه من ادلة يعتبر باطلاً، كذلك فإن قيام موظف الضابطة العدلية بتفتيش منزل آخر غير الوارد في اذن التفتيش وقع هذا العمل باطلاً لتخلف احد مقوماته وهو كون محل التفتيش مجهولاً والبطلان هنا هو بطلان مطلق.

---

1 – د. عبد المهيمن – مرجع سابق – ص216

2 – مأمون سلامه– مرجع سابق – ص32

3 – وهناك من يرى التفتيش الخاص إذا لم يسفر عن نتيجة يستطيع المحقق أن يأمر بإجراء تفتيش عام في جميع منازل الحي أو الجهة المعينة، والواقع أن هذا لا يتفق مع كون التفتيش احد اجراءات التحقيق التي لا يجوز الالتجاء الا بناءا على تهمة موجهة إلى شخص معين في محل حصين، فليست جميع منازل المواطنين مفتوحة امام سلطة التحقيق الا تلك التي يشتبه في احتوائها على ادلة لمزيد من التفصيل انظر د.سامي الحسيني – مرجع سابق ص209.

ولاشك أن العيب الناشئ عن تجهيل (مكان) محل التفتيش انما يعكس اخـــلالاً بأحد حقوق الفرد وحرياته، كحرية التنقل، والحق في حرية السكن، ورغم ذلك فـــإن العيب الذي يستتبع بطلان الاجراء ينحصر بالتجهيل الكامل لموضـــوع التفتـــيش، ولهذا فليس بلازم ان يكون موضوع التفتيش محدداً بـــل يكفـــي أن يكـــون قـــابلاً للتحديد[1]. فالاذن بتفتيش شقة المشتكى عليه التي تقع في احدى العمـــارات يكفـــي لصحة التفتيش دون حاجة لتحديد رقم تلك الشقة.

ولا يشترط ان يتضمن امر التفتيش اسم الشخص المراد تفتيشه ووظيفتـــه أو محل اقامته طالما انه الشخص المقصود بالتفتيش، كما لا يترتب البطلان على تفتيش شخص شاب الاذن الصادرة بتفتيشه خطأ في اسمه متى ثبت للمحكمـــة انـــه هـــو المقصود بالتفتيش.

وتستبعد محكمة النقض في كل من مصر وفرنسا من مجال البطلان اعمـــال التفتيش التي يكون موضوعها قابلاً للتحديد حتى ولو لم يبين على وجه الدقـــة مـــن الاذون الصادرة باجرائها الشخص أو المكان المطلوب تفتيشـــه، فـــلا يشـــترط أن يتضمن إذن التفتيش اسم المأذون بتفتيشه كاملاً ووظيفته ومحل اقامته، طالمـــا أنـــه الشخص المقصود بالاذن[2] كما يفلت من شرك البطلان تفتيش الشخص ولو شـــاب الاذن الصادر به خطأ في اسم المأذون بتفتيشه طالما تأكدت المحكمة من أن المتهم هو بذاته المقصود بالتفتيش[3]، لقد ذهبت محكمة النقض المصريه إلى ابعد من ذلك عندما اجازت أن يكون اذن التفتيش صادراً لمتهم معين ومن يتواجـــد معـــه وقـــت التفتيش.[4]

واشتراط ان يكون المحل محددا أو على الأقل قابلا للتحديد لا يعنـــي تقييـــد الطريقة أو الوسيلة التي يتم فيها التفتيش فلمأموري الضبط اذا صدر اليهم اذن مـــن النيابة العامة في اجراء التفتيش، ان يتخذوا ما يرونه كفيلا بتحقيق الغـــرض منـــه،

1- د. سليمان عبد المنعم – مربع سابق – ص 190

2 – نقض جنائي 24 نيابة 1985 مجموعة احكام النقض س 36 ص 123

3 – نقض جنائي 8 مارس 1971 مجموعة احكام النقض س 22 ق 54 ص 220.

4- نقض جنائي 21 ديسمبر 1987 مجموعة أحكام النقض ص 135.

وبالتالي فهم لا يلتزمون بطريقة بعينها ما داموا لا ينحرفون باجراءاتهم عن القانون[1]

4.3 بطلان التفتيش كون محله لا يجوز تفتيشه

هناك محال لا يجوز إجراء التفتيش فيها وإلا وقع باطلا، ولعل اظهر الحالات التي يبطل فيها التفتيش لعدم مشروعيته في هذه الحالات ما هو مقرر من عدم جواز تفتيش الاشخاص المتمتعين بحصانة دبلوماسية، ولا تفتيش مساكنهم.

فيمتنع على السلطات المختصة بالتحقيق اجراء التفتيش في دار البعثة الدبلوماسية او منزل المبعوث الدبلوماسي وكذلك اشخاص المبعوثين الدبلوماسين وذلك وفقا للمواد (22، 27، 30) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية، ويترتب على مخالفة ذلك بطلان التفتيش بطلاناً مطلقاً.

ولكن ما مدى مشروعية التفتيش الذي يقع على الشخص اذا كان متمتعا بالحصانة النيابية ؟. ولقد اجاب على ذلك الدكتور محمد نجم بقوله ان الحصانة الاجرائية التي يتمتع بها النائب مقصورة على التوقيف والمحاكمة فقط ولا تشمل بقية الاجراءات التحقيقية الاخرى كسماع الشهادة والدعوى للحضور والاستجواب والتفتيش [2].

وارى خلاف ما ذهب اليه الدكتور نجم ان الحصانة التي يتمتع بها عضو مجلس الامة تمتد لتشمل التفتيش باعتباره من الاجراءات المقيده للحرية وان جاءت صيغة نص المادة 86 من الدستور بان الحصانة قاصرة على التوقيف والمحاكمة. لان الغاية التي قصدها المشرع من الحصانة حتى يتفرغ عضو مجلس الامة لعمله في خدمة المصلحة العامة دون تأثير عليه من قبل السلطة التنفيذية.

ويسري الحكم السابق حالة مباشرة التفتيش في مواجهة شخص متهم بارتكاب جريمة مما يعلق تحريك الدعوى العمومية فيها على تقديم شكوى المجني عليه، فإذا

---

1 – نقض جنائي 19 نوفمبر 1955، مجموعة احكام النقض س6 ق394 ص1341.

2 – د. محمد صبحي نجم – مرجع سابق – ص 78

لم تكن الشكوى قد قدمت بعد امتنع تفتيش الشخص أو المكان، وقع مثل هذا التفتيش باطلاً [1].

وقد نص الدستور المصري على الحصانة البرلمانية في المادة 99 والتي جاء فيها " لا يجوز في غير حالة التلبس بالجريمة اتخاذ آية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب آلا بأذن سابق من المجلس، وفي غير دورة انعقاد المجلس يتعين اخذ اذن رئيس المجلس، ويخطر المجلس في أول انعقاد له بما اتخذ من إجراء".

ومن المستقر أنه إذا تطلب القانون اذنا من هيئة أو شخص ما فإنما الذي يتوقف إلى حين صدور الأذن هو اتخاذ الإجراءات الماسة بشخص المتهم أو حصانة مسكنه، كالأمر بالحضور والقبض والتفتيش، إلا أن عدم صدور الأذن لا يمنع من اتخاذ إجراءات جمع الأدلة التي لا تمس الشخص في حريته أو حقوقه الشخصية كاستماع الشهود وانتداب الخبراء والمعاينة والتفتيش لدى الغير، فإن هذه الإجراءات يجوز اتخاذها لأنها في الواقع لا تمس عضو مجلس الشعب في حريته أو حقوقه الشخصية ولا تعوقه عن أداء واجباته ولكن إذا بوشرت هذه الإجراءات بحق النائب قبل صدوره اذن من المجلس أو رئيسه حسب الاصول، فإن ما بوشر من هذه الاجراءات يكون باطلاً على وجه مطلق ولا يزول البطلان برضاء النائب أو تنازله عن حصانته، وتقضي المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها، ولا وجود لهذه الحصانة في حالة التلبس في إحدى صورها المبينة في المادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية، إذ يصح إذا كانت الجريمة المنسوبة للنائب في حالة التلبس اتخاذ كافة الإجراءات الجنائية ضد النائب بما فيها القبض والتفتيش والاستجواب.

وترتفع الحصانة عن النائب بصدور الاذن ولابد من الإشارة أن الحصانة التي يتمتع بها النائب قاصرة على فترة انعقاد المجلس، ومداها قاصر على شخص النائب ومسكنه[2].

---

1 – د. سليمان عبد المنعم – مرجع سابق 199

* كذلك فإن المادة 29 من قانون استقلال القضاء رقم 5 لسنة 2001 قد حظرت في غير حالات التلبس القبض على القاضي أو توقيفة الابعد الحصول على الاذن بذلك من المجلس القضائي. وارى أن هذه الحصانة تمتد لتشمل تفتيش القاضي أو منزله باعتباره من الاجراءات الماسة بالحرية.

2 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص222 و223

5.3 استخلاص مدلول السبب الذي يترتب على تخلفه جزاء البطلان

السبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق العمل الإجرائي لتبرر مباشرته، فهو المقدمة الضرورية للعمل الإجرائي، وبعبارة اخرى أن العمل الإجرائي لا يكون صحيحاً في القانون ما لم يكن بناء على السبب المقرر بالقانون أي تتم مباشرته في الاحوال المبنية به[1].

ومن المسلم به أن سبب التفتيش هو وقوع جريمة، وتوافر ادلة هذه الجريمة المادية لدى شخص معين مما يبرر اجراء التفتيش لذلك الشخص او لمنزله.

ولا يكفي توافر السبب القانوني لامكانية اجراء التفتيش كتوافر حالة التلبس، أو وجود اذن من السلطة المختصة بالتحقيق بل لابد من توافر عدة شروط لامكانية اجراء التفتيش والا وصم بالبطلان. ولا يكفي لصحة التفتيش ان يتوافر سببه القانوني سواء كان حالة الجرم المشهود او سندا قانونيا كالاذن الصادر من السلطة المختصة بذلك بل لا بد ان يكشف السبب عن المبررات القانونية لجواز اجراء التفتيش [2].

6.3 بطلان التفتيش لعدم وقوع الجريمة أو كون الجريمة مما لا يجوز التفتيش فيها

أولاً: بطلان التفتيش لعدم وقوع الجريمة:

يقتضي التفتيش التحقق من وقوع جريمة تامة أو في طور الشروع محددة بنص القانون وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون العقوبات والتي نصت على أنه "لا يقضى بأية عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجريمة" وبالتالي فإن الأذن الصادر للتفتيش بخصوص جريمة يزمع ارتكابها يكون باطلاً". لكن لا مجال للقول ببطلان التفتيش لصدور الإذن عن جريمة مستقبلية إذا كان المتهم طلب الرشوة أولا ثم صدر الإذن لضبطه بعد ذلك [3]

---

1 – د. احمد فتحي السرور – نظرية البطلان – مرجع سابق – ص 310

2 – د. سليمان عبد المنعم – مرجع سابق – ص 207

3 – نقض جلسة 1990/2/9 المكتب الفني لسنة 21 ص262 مشار اليه في كتاب د.فوده – مرجع سابق ص182.

وقد أشارت محكمة التمييز إلى بطلان التفتيش لعدم وقوع الجريمة بقرار لها جاء فيه (وحيث أن دخول أفراد الشرطة إلى غرفة المضخة وتفتيشها والقبض على المتهم كان بسبب (اشتباههم) بوجود مسدس له داخل الغرفة، وحيث أن وجود مسدس من النوع المضبوط داخل الغرفة المذكورة لا يشكل جريمة.فإن الدخول إلى الغرفة لتفتيشها من أجل هذا الغرض ومن ثم القبض على المتهم ومحاولة سوقه إلى المخفر لا يجوز بدون مذكره تخولهم ذلك).[1]

كما أن قيام موظف الضابطة العدلية بتفتيش مشتكى عليه لم يكن في حالة تلبس بالجريمة دون أذن من السلطة المختصة يؤدي إلى بطلان هذا التفتيش وما يسفر عنه من ادلة أذن لابد لصحة التفتيش أن تكون الجريمة قد وقعت بالفعل وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك في حكم لها جاء فيه "أن كل ما يشترط لصحة التفتيش الذي تجريه النيابة العامة أو تأذن في اجرائه في مسكن المتهم أو ما يتصل بشخصه هو أن يكون رجل الضبط القضائي قد علم من تحرياته واستدلالاته أن جريمة معينة جنائية أو جنحة قد وقعت من شخص معين وأن تكون هناك من الدلائل والامارات الكافية أو الشبهات المقبولة ضد هذا الشخص بقدر يبرر تعرض التفتيش لحريته أو لحرمة مسكنه في سبيل كشف اتصاله بتلك الجريمة [2].

ثانياً: بطلان التفتيش كون الجريمة مما لايجوز التفتيش فيها

لا بد ان تكون الجريمة المرتكبة سواء اكانت جريمة تامة ام على صورة شروع – على قدر من الخطورة تبرر انتهاك حرمة المسكن أو غيره وهذا ما تطلبه المشرع المصري فلم يجز التفتيش في عموم الجرائم وانما اشترط في الجريمة الواقعة ان تكون جناية أو جنحة وفقا للمادة 91 من قانون الاجراءات الجنائية، اما المشرع الاردني فلم يحدد نوع الجريمة التي يجوز فيها التفتيش، ولكن اجرء التفيش يكون باطلاً إذا تعلق بجريمة يمتنع تحريكها من قبل النيابة العامة دوّن شكوى، أو

1- تمييز جراء رقم 59/63 تاريخ 59/11/9 مشار إليه لدى فاروق الكيلاني، المرجع السابق ص402 هامش 2.

2 - الطعن رقم 1764 – س 48 – ق جلسة 1979/2/18 مشار اليه لدى مدحت الحسيني البطلان في المواد الجنائية – مرجع سابق – ص204.

أذن من الجهة المختصة، ومثال ذلك جريمة خرق حرمة المنازل نهاراً وفقاً لـنص المادة (347) من قانون العقوبات وجريمة الايذاء خلافاً للمـادة (334) مـن ذات القانون فهذه الجرائم يمتنع على النيابة العامة تحريك دعوى الحق العـام بمواجهـة المشتكى عليه الا بناء على شكوى، وعليه إذا تم تحريك الدعوى من قبـل النيابـة العامة في هذه الجرائم دون تقديم شكوى ممن له الحق فـي تقـديمها فـإن كافـة الاجراءات التي تتخذها النيابة العامة تكون باطلة ومن ضمنها التفتيش.

فمثل هذه الجرائم قدر المشرع لاعتبـارات ارتأهـا حظـر مباشـرة كافـة الاجراءات الماسة بشخص المشتكى عليه بارتكابها وحرمة مسكنه مقرراً بذلك قيـداً يرد على حرية النيابة في رفع الدعوى العمومية ومن البديهي ان العبـرة بوصـف الجريمة هي بما يجري التحقيق بشانه دون ما يسفر عنه في نهايته فاذا ما اتضح بعد التحقيق ان الواقعة مخالفة فان ذلك لا يبطل التفتيش الذي تم صحيحا لأن العبرة هي الاخذ بالظاهر لتبرير الالتجاء للتفتيش[1].

7.3 بطلان التفتيش لعدم توافر الدلائل الكافية على وقوع الجريمة

يصعب تحديد الدلائل الكافية تحديدا دقيقا، مما يجعلها قاصرة احيانـا علـى تحقيق الغاية منها [2] انما يمكن القول ان الدلائل تعني – في مجموعها – علامـات معينة تستند إلى العقل، وتبدأ من ظروف أو وقائع يستنتج منها الفعل، توحي للوهلة الأولى بان جريمة ما قد وقعت، وان شخصا معينا هو مرتكبها، ومن ثم فهي مجرد قرائن قد لا تصلح وحدها للادانة أو هي ذلك القدر من الدليل المبني على احتمـال معقول تؤيده الظروف التي تكفي للاعتقاد بارتكاب جريمة.[3] ويمكن القول ان مدى توفر الدلائل الكافية لأجراء التفتيش تخضع لتقدير موظف الضابطة العدلية وتراقبـه بذلك سلطة التحقيق وتراقبهما معا محكمة الموضوع.

وعليه فلا يكفي لصحة اجراء التفتيش مجرد وقوع الجريمة، بل لابـد مـن توافر الدلائل الكافية التي تشير إلى نسبة الجريمة المرتكبة إلى شخص معين، فيبطل

1 – د. حسن بشيت – مرجع سابق – ص 121.

2 – د. رؤوف عبيد – المشكلات العملية ط– مرجع سابق ص248.

3 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص198.

أذن التفتيش إذا تم بناء على دليل غير كافٍ أو غير مشروع كالنظر من ثقب الباب[1].

كذلك فإن التفتيش يكون باطلاً إذا استند إلى مجرد شبهات حامت حول الشخص فلا بد من توافر الامارات القوية لصحة التفتيش وقد اكدت على وجوب توافر هذا الشرط المادة 1/86 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الأردني والتي جاء فيها "للمدعي العام أن يفتش المشكى عليه و له أن يفتش غيره إذا اتضح من امارات قوية انه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقة".

ويبطل التفتيش إذا تم بناء على دليل غير كاف كالتبليغ عن جريمة دون سبق القيام بتحريات عما اشتمل عليه هذا البلاغ، وكذلك يبطل التفتيش إذا تم بناء على تحريات غير كافية وبهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه "لما كانت المحكمة قد ابطلت امر التفتيش تأسيساً على عدم جدية التحريات لما بينه من أن الضابط الذي استصدره لو كان قد جد في تحريه عن المتهم الأول للتوصل إلى عنوان المتهم ومسكنه أما وقد جهله وخلا محضره من الاشارة إلى عمله وتحديد سنة فان ذلك يفصح عن قصور في التحري يبطل الامر الذي استصدره ويهدر الدليل الذي كشف عنه وهو استنتاج سائغ تملكه محكمة الموضوع".[2]

8.3 بطلان التفتيش لتجاوز الغاية منه

أولا: مفهوم الغاية من التفتيش

العمل الإجرائي ليس عملا شكليا أصم، بل عمل واع يرتبط بالغاية التي يرمي إلى تحقيقها، فإذا تحققت هذه الغاية كان الإجراء صحيحا منتجا لأثاره القانونية، وإذا تخلفت الغاية عد الإجراء باطلا وتجرد من آثاره القانونية.[3]

---

1 – الطعن رقم 1764 س 48 ق – جلسة 1979/2/18 مشار اليه في كتاب مدحت الحسيني – مرجع سابق ص – 204

2 – نقض جنائي 16 اكتوبر 1994 مجموعة القواعد القانونية ج 6 ق 379 ص 51

3 – د.سليمان عبد المنعم – بطلان الاجراء الجنائي – مرجع سابق ص54

والغاية من التفتيش هو ضبط الأشياء التي تتعلق بالجريمة أو تفيد في كشف الحقيقة، سواء أكانت تلك الأشياء في حيازة المشتكى عليه أو موجودة في المكان المراد تفتيشه.

ثانيا: بطلان التفتيش لتجاوز الغاية منه

يترتب على تجاوز موظف الضابطة العدلية الغاية من التفتيش بطلانه، والعلة في تقرير ذلك هو احترام حقوق المشتكى عليه وحرياته بوصفها الأصل الذي لا يجوز الانتقاص منه الا في اضيق نطاق، وبالقدر الذي تسمح به مبررات الكشف عن الجريمة وضبط ادلتها.

ونتساءل هنا ماذا لوان موظف الضابطة العدلية قد كشف عرضاً اثناء تفتيشه عن ادلة جريمة اخرى فهل يملك اجراء التفتيش في هذه الجريمة؟.

حقيقة الامر انه لا بطلان في حالة ما إذا كشف موظف الضابطة العدلية عرضاً عن جريمة غير تلك التي صدر إذن التفتيش بصددها، اذ يكون موظف الضابطة العدلية والحالة هذه ازاء جريمة متلبسا بها، ويتعين عليه ضبط ما كشف عنه التفتيش في هذه الحالة. والغاية هي النتيجة النهائية التي يجب ان يحققها موضوع العمل، فإذا انحرف الموظف عن هذه الغاية سواء لتحقيق مأرب شخصية أو لغرض آخر تعلق بالمصلحة العامة غير الذي شرع العمل من اجله كان مشوباً بعيب انحراف السلطة.[1]

ومن امثلة ذلك في مجال التفتيش دخول موظف الضابطة العدلية منزل المشتكى عليه المتلبس بالجريمة لا بقصد تفتيشه وانما بقصد اشباع شهوة الانتقام او لمقابلة خليلته، أو ان يتوجه لتفتيش مسكن بحثاً عن اسلحة مثلاً فيعبث بجميع محتويات المنزل ويفتح ورقة صغيرة لا يتصور اخفاء السلاح بها فيعثر فيه على مخدر.

وفي الامثلة المتقدمة فإن التفتيش يعتبر باطلاً لتجاوزه حدود الغاية التي شرع من اجل تحقيقها.ويكفي لصحة العمل الاجرائي مجرد استناده الى غاية مشروعة ولو اقترنت بغاية غير مشروعة، مثال ذلك ان يتوجه مأمور الضبط القضائي لتفتيش

1- د. احمد فتحي سرور - نظرية البطلان - ص 326.

مسكن المتهم بقصد ضبط ادلة الجريمة (غاية مشروعة) والتشــفي مــن صـــاحب المسكن بسبب حقد شخصي (غاية غير مشروعة) وفي هذه الحالة يعتبــر الفــرض الشخصي مجرد ظرف عرضي لا اثر له فـــي صحة العمــل الاجرائـــي الـــذي قــــام به [1].

1 - د . احمد فتحي السرور – نظرية البطلان – مرجع سابق – ص 327

الفصل الرابع

بطلان التفتيش لمخالفة الشروط الشكلية

تمهيد:

الاصل في العمل الاجرائي انه عمل شكلي يجب ان يباشر بالمكان و الشكل المقرر بالقانون ولا يعتد القانون بالنشاط الاجرائي طالما لم يتم في الشكل القانوني[1].

وهناك اشكال نظمها القانون من اجل تحقيق مصالح قانونية بقصد التوجيه و الارشاد وهي ما يسمى بالاشكال غير الجوهرية او القانونية او التبعية و يترتب على اعتبار العمل الاجرائي عملا شكليا ان القانون لا يعتد بالنشاط الاجرائي وبدور الارادة فيه طالما لم يتم في الشكل القانوني وتلعب الشكلية في الاجراءات الجنائية دورا هاما فهي تهدف الى تنظيم سير اجراءات الخصومة الجنائية لان المصلحة الاجتماعية في الخصومة الجزائية تتعلق بامرين:

الاولى: المعاقبة على الجريمة

الثاني: الحرية الفردية وان الخصومة تهدف الى الهيمنة على هذه المصلحة و الشكلية في الاعمال الاجرائية تقوم بدورها في تحقيق هذه المصلحة فهي من جهه تعمد الى تحقيق المصلحة العامة في معاقبة الجاني و من جهه اخرى تهدف الى ضمان الحرية الفردية [2].

وتبدو الصعوبة في التمييز بين الاشكال الجوهرية والاشكال التنظيمية ويرى الدكتور احمد فتحي السرور ان الشكل الجوهري هو الذي يترتب على عدم مراعاته تخلف الغاية المقصود منه في العمل الاجرائي، والغاية من الشكل هي الغاية الموضوعية الثابتة كما حددها المشرع في العمل الاجرائي مجردا عن الظروف التي تحيط به في قضية معينة ولتقدير ما اذا كان الشكل جوهريا او غير جوهري ينظر الى العمل الاجرائي الذي يعتبر الشكل شرطا فيه نظره مجرده عن الظروف التي بوشر فيها ثم يقدر على هذا الاساس هل الغاية من هذا الشكل لا تتحقق الا بدونه،

---

1 – د. عبد الحميد الشواربي – البطلان الجنائي – ص 240.

2 – د. احمد فتحي السرور – نظرية البطلان – المرجع السابق ص – 222 وما بعدها

فاذا كان الجواب بالايجاب فهو شكل جوهري و اذا كان بالنفي فهو شكل غير جوهري [1].

والمشرع في تنظيمه اشكال العمل الإجرائي يوجب مراعاة اشكال معينة من اجل تحقيق غايات معينة، وهذه هي ما تسمى بالاشكال الاصلية أو الجوهرية، كما انه ينص على اشكال اخرى بقصد تحقيق هذه الغايات ذاتها، وكأنها اشكال احتياطية أو غير جوهرية الا ان هذه الاشكال – من الناحية المحددة – لا تغني عن تحقيق الغاية منها في ظروف معينة [2]

والتفتيش إجراء تحقيقي يهدف إلى تحقيق غاية محددة وهي ضبط الادلة المادية للجريمة المرتكبة، والشروط الشكلية للتفتيش هدفها احاطة هذا الإجراء بالضمانات التي تؤدي إلى حماية الحرية الشخصية للمشتكى عليه وبالتالي فمعيار الشروط الشكلية للتفتيش هو معيار الغاية من الاجراء.

ولكن هل الاشكال التي اوجب القانون توافرها في التفتيش اشكال جوهرية ام تنظيمية وهل يترتب على مخالفتها البطلان ام لا واذا كان الجواب بالايجاب فما هو نوع البطلان المترتب في هذه الحالة هل هو بطلان مطلق ام بطلان نسبي ؟.

وللاجابة على هذه التساؤلات فلابد من التعرض لكل شرط من الشروط الشكلية للتفتيش ومدى تحقق البطلان ونوعه في كل شرط على حده .

1.4 بطلان التفتيش الناشئ عن مخالفة قاعدة الحضور

يجب ان يتم التفتيش بحضور المشتكى عليه، وهذه ضمانة من ضمانات الدفاع حتى يكون ضبط المواد الممنوعة أو أدوات الجريمة حجة عليه، فإذا تعذر حضوره فيجب أن يتم التفتيش بحضور شاهدين من اقاربه، فإن تعذر ذلك فبحضور شاهدين يستدعهما المحقق[3].

---

1 – د. احمد فتحي سرور – نظرية البطلان – مرجع سابق – ص 256

2 – د.احمد فتحي سرور – حضور المتهم اثناء التفتيش – مجلة ادارة قضايا الحكومة – السنة الثالثة – العدد الاول – مارس 1959 ص94

3 – فاروق الكيلاني – محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني و المقارن – الجزء الثاني – 1985 – ص 425

وقد نصت على قاعدة الحضور المادة (36،83) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، حيث أوجبت المادة 83 حضور المشتكى عليه التفتيش إذا كان موقوفاً فإن لم يكن موقوفاً وأبى الحضور أو تعذر حضوره فيتم التفتيش بحضور مختار محلته أو من يقوم مقامه أو بحضور اثنين من اقاربه او شاهدين يستدعيهما المدعي العام.

كذلك أوجبت المادة 36 من ذات القانون أن يجري التفتيش بحضور المشتكى عليه موقوفاً أو غير موقوف فإذا رفض أو تعذر حضوره جرت المعاملة أمام وكيله، أو مختار محله أو أمام اثنين من أفراد عائلته والا فبحضور شاهدين يستدعيهما المدعي العام.

وأما المادة (46) من ذات القانون فاوجبت على موظف الضابطة العدلية أن يجري التفتيش وفقاً للصيغ المبينة في الفصل الخاص باجراء وظائف المدعي العام. وتقابل هذه المواد المواد (36، 46، 91) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري.

ونتساءل هنا ما هو الاثر المترتب على مخالفة هذه القاعدة الشكلية.

للاجابة على هذا السؤال يجب أن نميز بين الحضور في حالة تفتيش منزل المشتكى عليه أو منزل غيره، وكذلك في حالة تفتيش شخص المشتكى عليه.

أولاً: الاثر المترتب على مخالفة قاعدة الحضور في حالة تفتيش منزل المشتكى عليه: حقيقة الامران قاعدة الحضور هي قاعدة شكلية جوهرية ذلك أن عدم مراعاتها يؤدي إلى تخلف الغاية المقصودة منها، وهي مراقبة السلطة القائمة على التفتيش والتحقق من حيادها أما التفتيش ذاته فإن الغاية منه هو ضبط ادلة الجريمة، وحضور المتهم أو من ينيبه لا يتوقف عليه بداهة تحقق الغاية من التفتيش ذلك أن ضبط ادلة الجريمة وهو الغاية من التفتيش لايفيد تحقق الغاية من حضور المتهم أو من ينيبه عنه[1].

فمخالفة قاعدة الحضور يترتب عليه بطلان التفتيش وما يسفر عنه من ادلة إذا كان حضور المتهم واجبا الا ان القائم بالتفتيش حال دون حضوره، والبطلان المترتب هنا هو بطلان مطلق لتعلقه بقاعدة جوهرية اما إذا دعي المتهم لحضور

1 – د. احمد فتحي سرور – نظرية البطلان – ص 245

التفتيش ولكنه لم يحضر ولم يحضر من ينيبه عنه ففي هذه الحالة، فان هذا الشكل وان تعلق بحق الدفاع الا ان النظام العام الإجرائي لا يقتضي توافره فهو لا يتعلق الا بمصلحة المتهم ولا يترتب على إجراء التفتيش وفي هذه الحالة بطلانه.

أما عن موقف محكمة التمييز الاردنية فنجد أن قضاء هذه المحكمة لم يرتب البطلان على مخالفة قاعدة الحضور، حيث جاء في حكم لها" ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن مخالفة المواد (83،85) من الأصول الجزائية الباحثة في التفتيش، لايترتب على اغفال اجرء نص عليه الا في حالة النص على البطلان أو ورود النص على اجرائه بصيغة الوجوب على اعتبار أنه جوهري"[1].

ونجد أن محكمة التمييز قد جمعت في هذا الحكم بين نظرتي البطلان الذاتي والبطلان القانوني، مع علم هذه المحكمة أن المشرع الاردني لم يأخذ بأي من هاتين النظريتين ونرى كما ذكرنا سابقاً أن الذي يحدد جوهرية الاجراء ليس وروده بصيغة الوجوب أو ورود النص على بطلانه في حالة عدم مراعاة الاجراء وانما الذي يحدد ذلك هو الغاية التي قصدها المشرع من الاجراء، فالغاية من الحضور هو اتاحة الفرصة للمشتكى عليه لمراقبة السلطة المختصة بالتفتيش واطلاعه على الدليل المستمد من هذا التفتيش وهذه الغاية لا يمكن أن تتحقق بغير حضور المشتكى عليه هذا الاجراء الامر الذي يترتب على مخالفة هذا الامر بطلان التفتيش بطلاناً نسبياً ويمكن القول ان قاعدة الحضور في غير حالات الجرم المشهود جوهرية بالاضافة إلى ان المشرع لو اراد اعتبار قاعدة الحضور جوازية لاضاف في نهاية المادتين 83 و 85 من الاصول الجزائية عبارة ان امكن ذلك ونتمنى على محكمة التمييز أن يأتي اجتهادها في المستقبل على هذا النحو:

ومن نافلة القول: أن التفتيش الذي يجرية المدعي العام لمنزل المشتكى عليه في حالة الجرم المشهود بغير حضوره لا يترتب عليه البطلان، إذا تعذر حضوره أو حضور الاشخاص الواردين في المادة (36) من قانون اصول المحاكمات الجزائية وذلك وفقاً للمادة 2/38 من ذات القانون.

---

1 – تمييز جزاء رقم 2000/690 تاريخ 2000/8/7 المنشور على الصفحة 8/329 من المجلة القضائية لسنة 2000 م .

ولم يستقر القضاء والفقه المصريين على رأي موحد، بخصـوص الجـزاء المترتب على مخالفة قاعدة الحضور ولعل السبب في ذلك هو عدم حسـم المشـرع المصري هذه المسألة بشكل صريح وواضح في المـادتين (51،92) مـن قـانون الاجراءات الجنائية.

فالقضاء المصري ممثلاً بمحكمة النقض بعد أن قررت في حكـم بـالبطلان كجزاء على مخالفة قواعد الحضور[1].

وقد عادت هذه المحكمة عن ذلك، وقضت بأنـه لا مجـال للنعـي بـبطلان التفتيش الذي يجريه مأمور الضبط القضائي في منزل المتهم بانتـداب مـن سـلطة التحقيق اذا حصل في غيبة المتهم ودون حضور شاهدين[2] ويكاد الفقـه المصـري ينعقد على أن قواعد الحضور التي اقرها القانون هي قواعد شكلية جوهرية، يترتب البطلان على عدم رعايتها[3]، ذلك أن الشكل المقصود من حضور المتهم هي اتاحة الفرصة لمواجهته بالدليل المستمد من التفتيش وزيادة الثقة في نتائج هـذا الاجـراء وهذه الغاية لاتتحقق من التفتيش بدون مراعاة الشكل الذي اوجبه القانون لتحققها.

ويضيف الدكتور احمد فتحي سرور ان مخالفة هذا الشكل تؤدي إلى البطلان، اما النص على ان يكون حضور المتهم أو من ينيبه عنه ان امكن ذلك فانه لا يؤدي إلى عدم اعتبار هذا الحضور شرطا جوهريا، لأن المقصود بالامكان في هذا الصدد وما نصت عليه المادة 77 اجراءات من جواز إجراء التحقيق في غيبة المـتهم فـي حالتي الضرورة والاستعجال، فضلا عن استحالة دعوة المتهم للحضور أو انابة احد عنه بسبب هروب المتهم أو مرضه مرضا افقده النطق ولا يعني عدم الامكـان ان الأمر متروك في يد المحقق أو مأمور الضبط القضائي ان شاء جعل التفتـيش فـي حضور المتهم أو من ينيبه عنه وان لم يشأ لم يفعل ذلك ويرى ان البطلان المترتب على عدم احترام واجب الحضور هو بطلان متعلق بالنظام العام.[4]

---

1 - نقض مصري 1035/3/4 مجموعة القواعد القانونية ج3 رقم 344 ص 145

2 - نقض مصري 1958/5/18مجموعة القواعد القانونية ج1 ص 128

3 - اشار الى ذلك د. عبد المهيمن بكر - مرجع سابق - ص 87

4 - د.احمد فتحي سرور - حضور المتهم أثناء التفتيش - مرجع سابق ص95.

ونجد أن المادة 51 من قانون الاجراءات الجنائية بعد أن اوجبت على مأمور الضبط عندما يقوم بالتفتيش بناء على التلبس أن يتم ذلك بحضور المتهم أو من ينيبه وفي حالة تعذر ذلك يجب أن يتم التفتيش بحضور شاهدين الا أن الامر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالتفتيش الذي يجريه عضو النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو مأمور الضبط القضائي المندوب استنادا للمادة 92 من ذات القانون ذلك أن عبارة "أن امكن ذلك" تعطي سلطة تقديرية واسعة للمحقق في تقدير توافر حالة الضرورة التي يمكن له من خلالها اجراء التفتيش بمعزل عن حضور اي من المتهم أو من ينتدبه من الشهود.

أما في حالة تفتيش منزل غير المشتكى عليه فلم يرد نص في قانون اصول المحاكمات الجزائية، يلزم السلطة المختصة بالتفتيش بحضور المشتكى عليه في حالة تفتيش منزل غيره، وبالتالي فإن قيام السلطة المختصة بالتفتيش في غير حضور المشتكى عليه لا يترتب عليه البطلان، أما بخصوص صاحب المنزل فمن حقه حضور التفتيش للدفاع عن مصلحته فإذا لم يكن موجوداً فيجب حضورا اثنين من الشهود أو من افراد عائلته ويترتب على مخالفة ذلك بطلان التفتيش وما يسفر عنه من ادلة ولكن كما قلنا بطلان نسبي يتعلق بمصلحة صاحب المنزل.

ولابد من الاشارة أنه إذا كان المشتكي عليه المراد تفتيش منزله حدثاً فلا يجوز أن يتم هذا التفتيش، الا بحضور ولي امره أو مراقب السلوك الاجتماعي أو محاميه و إلا وقع التفتيش باطلاً وارى أن هذا البطلان هو بطلان مطلق لتعلقه بقاعدة شكلية جوهرية ذلك أن نصوص قانون الاحداث هي نصوص آمرة تهدف إلى حماية الحدث واحاطة اجراءات التحقيق معه والمحاكمة بالضمانات التي تراعي سنه.

وقد جاء قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي الجديد فنص في المادة 57 على ان يتم تفتيش مسكن المتهم في حضوره أو من ينيبه هو لذلك – فإذا لم يمكن حاضرا فان مامور الضبط يختار شاهدين لحضور التفتيش، من غير رجال الادارة، ونصت المادة 95 من هذا القانون على مراعاة هذا الواجب بالنسبة إلى التفتيش الذي يجريه قاضي التحقيق، ثم نصت المادة 2/59 من القانون المذكور (بالنسبة إلى

التفتيش الذي يقوم به مامور الضبط القضائي) على وجوب مراعاة هذا الشكل والا ترتب البطلان جزاء لمخالفته، واحالت على هذا الجزاء المادة 2/96 من هذا القانون (بالنسبة إلى التفتيش الذي يقوم به قاضي التحقيق) واذن فان واجب حضور المتهم اثناء التفتيش اصبح في نظر القانون الفرنسي شكلا جوهريا يترتب البطلان على مخالفته.[1]

ومن الجدير بالذكر ان قانون الاحزاب السياسية رقم 32 لسنة 1992 م قد اوجب عند تفتيش مقر الحزب في غير حالتي الجرم المشهود والتلبس ان يتم ذلك بقرار من المدعي العام وحضوره و حضور ممثل عن الحزب فاذا رفض ممثل الحزب الحضور فيتم التفتيش بحضور شاهدين وقد رتب القانون المذكور على مخالفة ذلك بطلان التفتيش و ما يترتب عليه وهذا ما نصت عليه المادة 18 والتي جاء فيها: "ب – لا يجوز تفتيش مقر الحزب باستثناء حالتي التلبس والجرم المشهود الا بقرار من المدعي العام وبحضوره بالاضافة الى ممثل عن الحزب فاذا رفض الاخير يثبت ذلك في محضر التفتيش الذي يجري حينئذ بحضور شاهدين
ج – يترتب على مخالفة الفقرة السابقة بطلان التفتيش وما يترتب عليه ويتحمل المخالف المسؤولية المدنية والجزائية".

ومن استقراء هذا النص يتبين بان المشرع قد اخذ بمذهب البطلان القانوني في حالة مخالفة ما ورد في البند ب من المادة سالفة الذكر بالاضافة الى ان المشرع ولاول مرة يجيز تعرض القائم بالاجراء المخالف لنص القانون للمسؤولية المدنية.

ومن نافلة القول ان المشرع اورد اصطلاحين في الفقرة ب وهما التلبس والجرم المشهود علما بان كلا الاصطلاحين مترادفان ولا فارق بينهما كما ان المشرع استخدم مصطلح الجرم المشهود في المادة 28 من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

---

1 – د.احمد فتحي سرور – حضور المتهم أثناء التفتيش – مرجع سابق ص93.

ثانيــا: الاثر المترتب على مخالفة قاعدة الحضور في حال تفتيش شخص المشــتكى عليه بقي أن نقول أنه في حالة تفتيش شخص المشتكى عليه فــلا يســتلزم القــانون حضور أي شخص هذا الاجراء، فإن البطلان لا يترتب عند تفتيش شخص المشتكى عليه بغير حضور أي شخص ولكن من حق المشــتكى عليــه أن يطلــب حضــور شخص معين أثناء تفتيشه وإذا رفض المحقق فلا يؤدي ذلك للبطلان، لأن القــانون لم يستوجب هذا الحضور فالامر متروك لتقدير المحقق[1].

ويرى البعض ان من حق المتهم ان يطلب إجراء تفتيشه في حضور شــهود فإذا رفض طلبه فانه يعتبر تعسفا من قبل رجال الضبط يترتب عليه اضعاف الدليل المستخلص[2] وقد ايدت محكمة النقض حضور الشهود اثناء تفتيش الشخص فقضت بان حضور شهود اثناء تفتيش الاشخاص لا يترتب عليه أي بطلان اذ ان حصــول التفتيش امام شهود هو ضمان لسلامة الاجراءات.[3]

2.4 البطلان الناشئ عن تخلف احد بيانات محضر التفتيش

يتجسد التفتيش بمحضره، وضرورة تحرير محضر التفتــيش يســتفاد مــن القاعدة العامة التي توجب تدوين اعمال التحقيق، وهذا ما نصت على المادة 87 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني والتي جاء فيها "يصطحب المدعي العــام كاتبه ويضبط أو يأمر بضبط جميع الاشياء التي يراها المــدعي العــام ضــرورياً لاظهار الحقيقة، وينظم بها محضر ويعنى بحفظها وفقاً لاحكام الفقرة الاولــى مــن المادة 35" وهذه المادة تقابل 95 من قانون اصول المحاكمات الجزائيــة الســوري والمــادة 1/75 من قانون الاجراءات الجنائية المصري فلا بد من تدوين محضــر التفتيش بالكتابة بواسطة كاتب، وأن يكون المحضر موقعا من المدعي العام والكاتب والمشتكى عليه والا من الشهود في حالة غيابه.

1- د. الحسيني – مرجع سابق – ص 276

2 – د. توفيق الشاوي – فقه الإجراءات – مرجع سابق ص390

3 – نقض 9 نوفمبر 1959، مجموعة احكام النقض، س10رقم 183 ص857.

3.4 بطلان محضر التفتيش لعدم تدوينه بواسطة كاتب

إن تدوين محضر التفتيش هو من الاجراءات الجوهرية الاساسية لصحة التفتيش، وهذا ما اوجبته المادة 87 من قانون اصول المحاكمات الجزائية، ويترتب على مخالفة هذا القاعدة بطلان التفتيش وما يسفر عنه وهذا البطلان نسبي مقرر لمصلحة المشتكى عليه فقط، وبالتالي فلا يجوز التمسك بالدفع الناشئ عن هذا البطلان لاول مرة امام محكمة التمييز، بل يتعين ابداءه امام محكمة الموضوع والا سقط الحق في التمسك به امام محكمة التمييز.

وليس المقصود بتدوين المحضر بواسطة كاتب المحقق أن يتم ذلك بالحتم من جانب الموظف المختص بالفعل بتدوين محضر التفتيش وإنما يكفي أن يقوم المحقق بندب أي شخص آخر لتدوين المحضر ولو لم يكن الموظف المختص فعلاً بهذا العمل[1].

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في تفسيرها لنص المادة (73) من قانون الاجراءات الجنائية المصري والذي اوجب على قاضي التحقيق أن يصطحب معه كاتب في جميع الاجراءات يوقع المحضر بأن هذا النص يشمل الاجراءات التي تستلزم انصراف المحقق الى مجريات التحقيق، كسماع الشهود واستجواب المتهم، واجراء المعاينة، أما اجراءات التحقيق الاخرى كأوامر القبض والتفتيش والحبس الاحتياطي فيكفي تدوينها من قبل المحقق دون حاجة لاثباتها بمحضر رسمي من جانب الكاتب [2].

وهذا القرار محل نقد لأنه يقوم على التفرقة في إجراءات التحقيق ليس لها محل، فاصطحاب سلطة التحقيق كاتب لتدوين محضر التفتيش من القواعد الاساسية في أصول المحاكمات الجزائية والنصوص التي وردت في التشريعات العربية حول ذلك هي نصوص أمرة وردت بصيغة الالزام ولذلك يترتب على مخالفتها البطلان[3].

---

1 – د. سليمان عبد المنعم– مرجع سابق – ص 278

2 – د. سليمان عبد المنعم– مرجع سابق – ص 278

3 – فاروق الكيلاني – محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية – الجزء الثاني – 1985 – 427

ولكننا نجد أن محكمة النقض المصرية في حكم أخر لها اعتبرت عدم حضور كاتب لتدوين محضر التفتيش الذي صدر بمعرفة وكيل النيابة سبباً لبطلانه ولكن بطلان نسبي لايمس النظام العام لذا يسقط حق التمسك به مالم يدفع به امام محكمة الموضوع[1].

وقد أوجب المشرع اللبناني في البند الرابع من الفصل الثالث الخاص بمعاملات التحقيق وجوب أن يصطحب قاضي التحقيق كاتباً أذ تنص المادة 96 أ.م،ج، على أنه" يعطي قاضي التحقيق المدعي العام علماً بانتقاله إلى موقع الجرم أو بقيامه بالتفتيش يصطحب قاضي التحقيق كاتبه ويضبط أو يإمر بضبط جميع الاشياء التي يراها ضرورية لاظهار الحقيقة وينظم بها محضراً ويعنى بحفظها..".

ولم يرتب المشرع اللبناني البطلان صراحة على مخالفة هذه القاعدة ومع ذلك يمكن القول أن صحة العمل الإجرائي تتوقف على تدوينه بواسطة كاتب في الحالات التي يستلزم فيها المشرع اصطحاب المحقق لهذا الكاتب وبالتالي يبطل العمل الاجرائي الذي يدونه المحقق بنفسه متى كان المشرع قد أوجب عليه أن يصطحب كاتباً معه، وهذه القاعدة ليست من قبيل القواعد الارشادية أو التنظيمية، فغايتها أن يتفرغ المحقق ذهنياً للقيام بعمله الفني، والفقه اللبناني لا يمانع من تقرير البطلان في حالة قيام قاضي التحقيق بتدوين المحضر بنفسه، مع اعتباره من قبيل البطلان النسبي.

4.4 البطلان المترتب على عدم التوقيع على المحضر

أن عدم التوقيع على محضر التفتيش من قبل المدعي العام أو الكاتب أو المشتكى عليه أو من ينوب عنه في حالة غيابه يترتب عليه بطلان محضر التفتيش بطلاناً نسبياً وقد أعطى المشرع الاردني للمدعي العام في المادة 2/38 ق، أ، جـ، أن ينظم محضر التفتيش بمعزل عن الاشخاص المذكورين في المادة 36 من ذات القانون في حالة تعذر حضور هؤلاء للتفتيش وهذا الاستثناء لا يمكن القياس عليه

1- نقض 1938/12/19 مجموعة القواعد القانونية ج 3 رقم 313 – ص 407

لأن الاصل أن يكون المحضر موقعا من الاشخاص السالف ذكرهم والا كان المحضر باطلاً.

وقد أعتبرت محكمة التمييز الاردنية في حكم لها أن خلو محضر التفتيش من توقيع المختار والشاهدين الذي ينظمه موظفو الجمارك وأفراد الامن العام يجعل المحضر باطلاً، حيث جاء في قرار لها "إذا خلا ضبط التفتيش من توقيع المختار أو الشاهدين، فإن في ذلك مخالفة صريحة لنص المادة 190 من قانون الجمارك يترتب عليه بطلان الاجراء، ولا يرد ما قالته محكمة الجمارك الاستئنافية من أن توقيع افراد الجمارك والأمن العام على الضبط يسد عن توقيع المختار أو الشاهد إذ أن ذلك الاستدلال فاسد وليس في القانون ما يسنده"(1).

ومن خلال هذا الحكم يتبين لنا أن محكمة التمييز اعتبرت التوقيع على محضر التفتيش من قبل المختار أو الشاهدين شكلاً جوهرياً يترتب على مخالفته بطلان محضر التفتيش وما يسفر عنه من ادلة.

وهذا التوجه لمحكمة التمييز هو بخلاف ما ذهب اليه القانون والقضاء المصري، حيث أن نص المادة 55 من قانون الاجراءات الجنائية المصري تطلبت من مأمور الضبط القضائي عرض المحضر على المتهم لتوقيعه فإذا امتنع وجب ذكر ذلك في المحضر دون أن يترتب على امتناع المتهم أو الشهود التوقيع على المحضر البطلان وينسجم هذا الموقف مع موقف محكمة النقض المصرية التي نصت بأن توقيع المتهم او الشهود على محضر التفتيش ليس شكلاً جوهرياً يترتب البطلان على مخالفته، على عكس توقيع محرر المحضر ذاته(2).

ومن المتفق عليه أن نقص المحضر أو بطلانه أو عدم وجوده لا يترتب عليه بطلان التفتيش، فكل منهما له شروطه الخاصة، والمحضر ليس الا اداة إثبات لما تم في التفتيش وما اسفر عنه، فبطلان أداة الأثبات لا يلحق بالعمل الإجرائي ما دام تم صحيحاً، وإنما يتعين على المحكمة أن تقف على ما حصل أثناء التفتيش وتتيقن من

1- تمييز جزاء رقم 99/430 هيئة عامة تاريخ 1999/8/28 المنشور على الصفحة 8/806 من القضائية لسنة 1999.

2 - نقض 1955/4/12 مجموعة احكام النقض س6 رقم 260 ص851.

صحة الضبط، وخاصة عند الطعن فيه، حتى تطمئن إلى سلامة التفتيش والضبط وتعول بالتالي على ما نتج عنه من دليل[1].

5.4 البطلان الناشئ عن مخالفة قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى

اولا: دلالة المحل من الانثى مما يحظر تفتيشه.

تسير مناهج التشريعات على وجوب تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى ، حيث ورد النص صراحة على هذا القيد في المادة 86 من قانون أصول المحامات الجزائية الأردني والتي جاء فيها " إذا كان المفتش أنثى يجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى تنتدب لذلك " وهذا النص يطابق نص المادة (2/94) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري كذلك نصت المادة (46) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على هذه القاعدة "وإذا كان المتهم أنثى وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى ينتدبها لذلك مأمور الضبط القضائي".

ثانيا: البطلان المترتب على مخالفة قاعدة تفتيش بمعرفة انثى

وقاعدة تفتيش الأنثى بواسطة أنثى من نظام العام لأن الغرض منها تحقيق مصلحة عامة وهي مصلحة المجتمع في رعايته لتقاليد وقواعد الآداب السائدة فيه ولذلك فإن بطلانها من النظام العام [2].

ولكن إذا كانت القاعدة أن تفتيش الأنثى يجب أن يتم بواسطة أنثى ، الا ان السؤال الذي يثور هنا هل هذه القاعدة مطلقة أي أن تفتيش الأنثى إذا ماتم من غير الأنثى فهو باطل في كافة الأحوال أما أن البطلان يترتب في حالات معينة دون اخرى ؟؟

وللإجابة على هذا السؤال فيجب أن نميز من بين حالتين:

الحالة الاولى: إذا كان مكان التفتيش من المواضع الجسمانية التي لا يجوز للقائم بالتفتيش لأطلاع عليها أو لمسها ففي هذه الحالة لا يجوز تفتيش الأنثى إلا بواسطة أنثى وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه " مناط ما

1- د. عبد المهيمن بكر - مرجع سابق - ص 91.

2 - د. عبد المهيمن بكر ، مرجع سابق - ص 466.

يشترطه القانون من تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى أن يكون الأطلاع عليها أو مشاهدتها باعتبارها من عورات المرأة التي تخدش حياءها إذا مست..."[1].

وفي هذه الحالة فإن قاعدة تفتيش الأنثى بواسطة أنثى من النظام العام لا يسقطها رضا المتهمة بأن يفتشها مأمور الضبط القضائي[2].

وتستطيع المتهمة أن تثير الدفع ببطلان التفتيش لمخالفة هذه القاعدة في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز وتقضي به محكمة من تلقاء نفسها دون حاجة لأثارته من قبل الخصوم، وقد تذعن المتهمة لأمر القائم على التفتيش وتخرج المخدر بنفسها بعد أن تستتر [3] وقد يكلفها بأن تقلب جيوبها ويجد فيه ما يجري البحث عنه[4]، والقائم بالتفتيش غير ملزم باصطحاب أنثى عند انتقاله لتنفيذ إذن بتفتيش أنثى ذلك أن الإلزام مقصور على إجراء التفتيش ذاته إذا كان القيام به يقتضي التعرض في جسم الأنثى يعد عوره [5].

الحالة الثانية: إذا كان تفتيش الأنثى لا يتطلب إجراؤه الأطلاع على العورة، فتفتيش يد المتهمة وإخراج لفافة المخدر منها بمعرفه ضابط البوليس فهو تفتيش صحيح [6].

وفي كافة الاحوال فإن فكرة النظام العام فكرة فضفاضة تختلف من بلد إلى آخر ومن زمان إلى آخر فيما يعتبر مخالف للنظام العام في بلد قد لا يكون كذلك في بلد آخر وينسحب هذا الأمر على الزمان فما يعتبر مخالفاً للنظام العام في زمان معين قد لا يكون كذلك في زمن لاحق فما يعد عوره في مكان قد لا يكون كذلك في مكان آخر كذلك الأمر بالنسبة للزمان.

---

1 – نقض مصري جلسة 11 (195514 رقم 241 سنة 1950) احكام محكمة النقض في مئة عام في قانون الاجراءات الجنائية 1990

2 – د. رؤوف عبيد – مرجع سابق – ص 116.

3 – نقض 30 يناير (كانون الثاني 1962) – مجموعة احكام النقض س13 رقم 27 ص98

4– نقض8 فبراير (شباط 1990) – مجموعة احكام النقض س 11 رقم 30 ص 148

5– نقض 16 اكتوبر (تشرين اول 1967)– مجموعة احكام النقض س 18 رقم 195

6–نقض 11/ 11/1952 – احكام النقض س4 رقم 44 ص 105

وقد اعتبرت محكمة التمييز الأردنية أن ساقي المرأة حتى الركبة حسب البيئة الاجتماعية في المملكة جزء من جسمها يدخل عرفاً في حكم العورة [1] ولم يتطلب المشرع شروطاً معينة في شأن الأنثى الذي يجري ندبها لمباشرة التفتيش ، لكن المفهوم إن على المحقق إنتداب أنثى تكون محلاً للثقة بوجه خاص تكون من غير علاقة بالمتهمة التي يجري تفتيشها حتى يطمأن إلى نتائج التفتيش[2].

كذلك لا يلزم تحليفاً للأنثى المنتدبة لإجراء التفتيش قبل قيامها بعملية التفتيش[3] إلا إذا خيف الا يستطاع سماع شهادتها فيما بعد (م 29 إجراءات جنائية مصرية) ولا يجوز انتداب الزوج لتفتيش زوجته وإلا كان الإجراء باطلاً متعلقاً بالنظام العام لأن الأصل في الاختصاص بالتفتيش أنه للقائم بالتحقيق أو من ينيبه من رجال الضبط القضائي[4] كما أن تفتيش الزوجة بمعرفة زوجها تدور حول نتائجه الشكوك لمظنة قيامه بمساعدتها على التخلص مما يجري البحث عنه.

كما أنه لا يجوز تكليف الطبيب للقيام بتفتيش أنثى على اعتبار أن له الاطلاع على عورات النساء بحكم مهنته، وقد استقر الاجتهاد القضائي، على ذلك حيث قضت محكمة النقض المصرية على ذلك بقولها "القول بأن الطبيب يباح له بحكم مهنته ولا يباح لغيره من الكشف على الإناث وأنه لا غضاضة عند استعماله تفتيش متهمه بمعرفة أنثى أن يقوم هو بإجراء التفتيش المطلوب، ذلك تقرير خاطئ في القانون [5]

وقد جاء قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي خالياً من نص يوجب التفتيش للأنثى بمعرفة أنثى ، لكن العمل جرى على اتباع هذه القاعدة بالاستناد إلى نصوص أخرى أوجبت إتباع هذه القاعدة كنص المادة 34 من المرسوم 11 نوفيمبر سنة

1- تمييز جزاء 80/28- مجلة نقابة المحامين 1980 ص812

2- د. الحسيني - مرجع سابق - ص 290

3-وفقا لنص المادة 52 من قانون الاجراءات الجزائية لاتحاد دولة الامارات العربية انه يجب على القائم بالتفتيش حكما اذا كان المراد تفتيشه انثى ان ينتدب انثى للقيام بذلك وعليه ان يحلفها يمينا بان تؤدي اعمالها بامانة وصدق كما يتعين ان يكون شهود التفتيش من النساء

4- د. سامي الحسيني - مرجع سابق - ص 292

5 - نقض 11/4 /1945 مجموعة احكام النقض س 6 رقم 246 - ص -87

1885 الخاص بالعمل في السجون وهو نفس ما جاءت به المادة 275 من مرسوم 23 فبراير 1959 الذي حل محل المرسوم الأول [1].

6.4 بطلان التفتيش من جهة ميعاده ومن جهة مشروعية الوسائل المستخدمة في تفتيش الاشخاص

بطلان التفتيش لأجرائه خارج الميعاد

لم تتضمن قوانين اصول المحاكمات الجزائية في كل من الاردن وسوريا ولبنان، ميعادا لاجراء التفتيش فيستطيع المحقق او المستناب لاجراء التفتيش اختيار الوقت المناسب لاجراء هذا التفتيش دون ان يترتب على ذلك البطلان.

الا اننا نجد ان المشرع في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم 16 سنة 2001 قد اوجب في المادة 2/48 من قانون اصول المحاكمات الجزائية عندما يقوم المدعي العام بندب احد موظفي الضابط العدلية للقيام بجزء من الاعمال الداخلة في وظائفه ان يصدر مذكرة خطية في ذلك تتضمن الزمان والمكان المعين لانفاذ مضمونها كلما كان ذلك ممكناً، فاذا ندب المدعي العام احد موظفي الضابطة العدلية لاجراء التفتيش وتضمن هذا الندب وجوب اجراء التفتيش نهارا فيجب على موظف الضابطة العدلية التقيد بذلك فاذا قام باجراء التفتيش ليلا فانه يترتب على ذلك بطلان التفتيش و ما يسفر عنه من ادلة.

كذلك فاذا اورد المدعي العام في انابة موظفي الضابطة العدلية لاجراء التفتيش ميعادا محددا فيجب ان يتم التفتيش في ذلك الميعاد وعليه فاذا ما تم التفتيش خارج هذا الميعاد فان الجزاء المترتب على ذلك بطلان التفتيش لان موظف الضابطة العدلية يفقد الاختصاص في مثل هذه الحالة. وإذا صدرت الإنابة من المدعي العام لأحد أفراد الضابطة العدلية وكانت محددة لأجل وزمان معين ولتحقيق الغاية من إجراء التفتيش، فيجب على موظف الضابطة العدلية التقيد بمضمون هذه الإنابة والعمل على انفاذ مضمونه خلال الزمان المحدد لتحقيق الغاية منها فإذا انتهى

---

1 – د. هلالي عبد اللاه – المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – 1989 ص – 659.

اجل الإنابة ولم تتحقق الغاية من إجراء التفتيش فلا يجوز لموظف الضابطة العدلية تنفيذ هذا الإجراء إلا بعد إنابة جديدة والا ترتب على ذلك بطلان التفتيش وما يسفر عنه من أدله.

وقد أوجبت محكمة التمييز لسلامة وصحة التفتيش أن يتم نهارا[1] ونظرا لخطورة التفتيش لمساسه بحرمة الإنسان في شخصه ومسكنه، فلابد من تدخل المشرع بنص صريح يحظر فيه إجراء التفتيش ليلا، فإذا كان المشرع قد حظر إجراء التبليغ ما بين الساعة السابعة مساءا والسابعة صباحا، حماية لحرمة المنزل باعتباره مستودع السر وفقا للمادة 24 من قانون أصول المحاكمات المدنية فمن باب أولى حظر إجراء التفتيش ليلا.

ولم يتضمن التشريع المصري أي قيد يتعلق بموعد إجراء التفتيش ومن ثم فهو يصح ليلا أو نهارا أما عن مدة الإذن بالتفتيش فترى محكمة النقض أن البطلان لا يترتب على التفتيش إذا انقضت مدته طالما تم تحديدها حيث جاء في حكم لها (لما كان ذلك وكان من المقرر انقضاء الأجل المحدد للتفتيش في الأمر الصادر لا يترتب عليه بطلان وإنما لا يصح التنفيذ بمقتضاه بعد ذلك إلى أن يجدد مفعوله والإحالة عليه بصدد تجديد مفعوله جائزة ما دامت منصبة على ما لم يؤثر فيه انقضاء الأجل المذكور وإصدار النيابة إذنا بالتفتيش حدد لتنفيذ أجلا معينا لم ينفذ فيه وبعد انقضائه صدر اذن آخر بامتداد الإذن المذكور مدة أخرى فالتفتيش الحاصل في هذه المدة الجديدة يكون صحيحا)[2].

وقد تصدر سلطة التحقيق أمر بالتفتيش على أن يتم تنفيذه خلال مدة معينة وقد حرصت محكمة النقض في هذا الشأن على التمييز بين صحة امر التفتيش ذاته وبين صحة تنفيذ التفتيش استنادا لهذا الامر، فانقضاء الاجل المحدد لامر التفتيش

---

1 – تمييز جزاء رقم 99/430 هيئة عامة مشار اليه في ص60 من البحث ومن الجدير بالذكر ان قرار المحكمة جاء تطبيقا لنفس المادة 190 من قانون الجمارك ولا يسري حكمه على التفتيش الذي يجري بمعرفة المدعي العام أو احد افراد الضابطة العدلية.

2 – نقض 1985/1/24 المكتب الفني لسنة 36 – ص 123 – المشار اليه في كتاب الدكتور فوده- البطلان في الاجراءات – مرجع سابق ص179.

الصادر به لا يترتب عليه البطلان، وانما يصح تنفيذ مقتضاه بعد ذلك الى ان يجـــدد مفعوله[1].

وهكذا تقر محكمة النقض بصحة التفتيش الذي تم بناءً على الاذن به انقضى اجله متى صدر إذن لاحق بامتداد الإذن الأول [2].

7.4 أحوال بطلان تفتيش الأشخاص من جهة الوسائل المستخدمة في تفتيشهم

إذا كان هدف التفتيش ضبط ادلة الجريمة المادية، الا ان ذلك لا يعني اتخاذ اية وسيلة لتحقيق هذا الهدف، فاحترام حقوق الدفاع، وحماية الكرامة الانسانية ونزاهة القضاء، تستوجب ان يكون الحصول على الدليل قد تم وفقا لطرق قانونية مشروعة، اما إذا تم الحصول على الدليل بطرق غير قانونية فان الاثر المترتب على ذلك هو البطلان.

أحوال بطلان التفتيش المتعلق بالتنويم المغناطيسي

التنويم المغناطيسي هو عبارة عن محاولة افتعال حالة نوم غير طبيعي للمتهم بحيث تؤثر على الحالة النفسية والجسمانية للنائم، يتعرض للايماء بحيث لا يستطيع الفرع استعمال العقل بشكل طبيعي، مما يجعل ارادته مرهونة بما يوحي اليه المنوم. وهي حالة غير طبيعية يكون السلوك البشري خلالها تحت سيطرة النوم. مما يشـــل الوظيفة الاساسية لعقل الانسان.[3]

وهذه الوسيلة من وسائل الإكراه الوحشية التي لا يجوز الاستعانة بها اثناء اجراءات التحري أو التحقيق، لأنها تشكل اعتداء على حق الانسان في التصرف بحرية وارادة وقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبارها احدى الطرق التي تتضمن اعتداء على حقوق الانسان بشكل سافر.[4]

---

1 – نقض جنائي 28 اكتوبر 1963 – مجموعة احكام النقض س 14 ق 129 – ص 715

2 – نقض جنائي 24 يناير 1985 مجموعة احكام النقض س 36 ق 16 – ص 117

3 – د. محمد علي الحلبي – الوسيط في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية – دار الثقافة للنشر والتوزيع – 1996 – ص344.

4.– د. دوندييه دي فابر – مقدمة لدراسة القانون الجنائي – ص 721 مشار اليه لدى الدكتور محمد الحلبي – مرجع سابق ص324.

والتفتيش باعتباره من اجراءات التحقيق لا يجوز اللجوء اليه عن طريق تنويم الشخص المراد تفتيشه مغناطيسيا لتفتيشه جسديا أو لمعرفة مكان الادلة المادية للجريمة المرتكبة واذا ما تم ذلك فان الاثر المترتب عليه هو بطلان التفتيش وما يسفر عنه بطلاناً مطلقا للحصول عليه بطريقة غير مشروعة.

احوال بطلان التفتيش المتعلق بفحص الدم وغسيل المعدة.

لقد اشرنا إلى الخلاف الفقهي بخصوص فحص الدم باعتباره اجراء تفتيش ام لا ويرى بعض الفقه ان فحص الدم نوع من التفتيش، وان هذا الاجراء لا يخلو من الاكراه ومن المساس بحقوق المتهم، والاستهانة بانسانيته، وانه لا يجوز اللجوء إلى هذه الاساليب الا إذا اصبح اثبات الجريمة مستقبلا مستحيلا بدون استعمال هذه الطرق.

اما غسيل المعدة فيرى الدكتور محمود مصطفى، ان الدليل المستمد من تحليل محتويات معدة المتهم، انما يتم الحصول عليه بالاكراه، وان هذا العمل يخرج من نطاق دائرة التفتيش القانوني، لذلك لا يجوز اجراء غسيل المعدة بحجة كونه اجراء تفتيش [1] الا ان بعض الفقهاء يرون امكانية السماح باجراء غسيل معدة المتهم، على اعتبار انه اجراء من اجراءات التفتيش، وبعضهم يعتبره من اجراءات الخبرة [2] وقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك بقولها (متى كان الاكراه الذي وقع على المتهم، انما كان بالقدر اللازم لتمكين طبيب المستشفى من الحصول على متحصلات معدته، فانه لا تأثير لذلك على سلامة الاجراءات).[3]

احوال بطلان التفتيش المتعلق بمراقبة المحادثات الهاتفية وضبط الرسائل

لما كان للمراسلات بانواعها الثلاثة حرمة وحماية كفلها الدستور والقانون، وان الاحاديث التي تجري في مكان خاص لها حرمتها فهو الاصل، غير ان المحافظة على كيان الحياة في المجتمع وضمان دعائم العيش الآمن بمكافحة الجريمة

---

1 – د. محمود مصطفى – مقالة عن التفتيش – مجلة الحقوق سنة 1 عدد2مشار اليه في كتاب د.محمد الحلبي – مرجع سابق – ص325.

2 – د. محمد محي الدين عوض – مقالة عن حدود التفتيش والحبس الاحتياطي في القانون السوداني – مجلة القانون والاقتصاد س32 ع4، ص541مشار اليه لدى د. محمد الحلبي–– مرجع سابق ص326.

3 – نقض 4 فبراير 1957، مج أحكام النقض – ش رقم 31، ص 104.

وعقاب المجرمين في معادلة محسوبة – فقد اقتضت – استثناء – المساس بسرية المراسلات والاحاديث الخاصة، بالقدر الضروري لتحقيق الحياة الاجتماعية المطمئنة.

وما دام ان مراقبة المراسلات هو استثناء على الاصل، فقد اوجب المشرع الاردني في المادة 88 من الاصول الجزائية ان يتم ذلك وفق ضوابط محددة بان تكون لهذه المراقبة فائدة في إظهار الحقيقة في الجريمة المرتكبة – كذلك وجدنا ان المشرع المصري قد احاط هذا الاستثناء بالعديد من الضوابط في المادة 95، 206 من الاجراءات الجنائية والتي سبق الإشارة اليها.

واذا ماتمت المراقبة خلافا للضوابط الواردة في القانون فان البطلان هو الأثر المترتب على ذلك، وبهذا المعنى قضت محكمة استئناف بروكسل ببطلان حكم أول درجة كان قد استند في الادانة على تسجيل محادثات تلفونية تمت بطريقة غير مشروعة [1] ويرى الدكتور الحسيني ان للمحكمة تبرئة المهم استنادا إلى رسائل ضبطت لدى هيئة البريد بمعرفة النيابة دون اذن من القاضي الجزائي.[2]

كذلك قضت محكمة النقض المصرية ببطلان مراقبة التليفون في حالة عدم تسبيب الامر به من القاضي الجزائي، ولأن ذلك لا ينسحب على الامر الصادر من النيابة العامة بتكليف احد مأموري الضبط القضائي بتنفيذ الامر الصادر من القاضي الجزئي بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية فلا يلزم تسبيب الامر الصادر من النيابة العامة بذلك [3].

كذلك فإن التفتيش الذي يرد على الرسائل المتبادلة بين المتهم ومحاميه باطلاً لاخلاله بحقوق الدفاع، ذلك أن المادة 152 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني قد حظرت اثبات واقع بواسطة الرسائل المتبادلة بين المشتكى عليه ومحاميه المتعلقة بالقضية. كذلك فان مراقبة وتسجيل المحادثات الهاتفية وضبط

---

1 – مشار لهذا الباب في كتاب د.هلالي عبد اللاه الاثبات – النظرية العامة للاثبات في المواد الجنائية – ط1، 1987 الناشر دار النهضة العربية – ص464.

2 – د. الحسيني – النظرية العامة للتفتيش – مرجع سابق – ص459.

3 – نقض جلسة 1974/12/1 المكتب الفني السنة 25 ص783 مشار اليه في كتاب د.فوده – البطلان في قانون الاجراءات – مرجع سابق – ص173.

المراسلات سببا للبطلان حالة مباشرتها خلافا لاحكام القانون وتبدو علة البطلان في هذه الحالة للارتباط الوثيق بمبدا احترام حرمة الحياة الخاصة للافراد [1]

ولا يجوز ضبط المراسلات المتعلقة بالبعثة الدبلوماسية، سواء المتعلقة بعمل البعثة، او الخاصة بالمبعوثين انفسهم، ويجب على دولة الاقليم ان تكفل للمبعوثين الدبلوماسيين حرية الاتصال بدولهم ومن ثم لا يجوز مراقبة المحادثات الهاتفية المتعلقة بهم او برقياتهم، حتى لو كان ذلك مفيدا في كشف الحقيقة في تحقيق يجري ضد متهم لا يتمتع بالحصانه[2] ويترتب على ضبط المراسلات المتعلقة بالبعثة الدبلوماسيه ومراقبة اتصالات المبعوثين بطلان هذا الاجراء بطلاناً مطلقاً لتعلق هذه القواعد بالقانون الدولي والذي اضفى على المبعوثين الدبلوماسيين الحصانة التي تحول دون تعرضهم لأي اجراء ماس بالحرية.

---

1 – د. سليمان عبد المنعم مرجع سابق – ص 130

2 – د. سامي الحسيني – مرجع سابق – ص213.

الفصل الخامس

أثار التفتيش الباطل ونطاق الدفع به

أن الخوض في دراسة أثار بطلان التفتيش تقتضي دراسة نطاق الدفع ببطلان التفتيش، فهذا الدفع هو الوسيلة التي يطلب بها من أضير بمباشرة التفتيش على خلاف الأحكام المقررة قانوناً. شريطة أن تكون القاعدة التي خولفت من قواعد التفتيش "جوهرية".

والدفع بالبطلان يختلف في إثارته والدفع به حسب نوع البطلان، فالبطلان المتعلق بالنظام العام يجوز أثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ويكون لكل ذي مصلحة التمسك به، بخلاف البطلان المتعلق بمصلحة المتهم فلا يجوز أثارته والدفع به إلا من قبل هذا المتهم ولا يستطيع التمسك بهذا البطلان لأول مرة أمام محكمة التمييز إن لم يكن قد أثاره أمام محكمة الدرجة الأولى ويصح التنازل عنه صراحة أو ضمناً.

وتتفق خطة التشريعات على توافر شرطين جوهريين للدفع بالبطلان هما شرط المصلحة وشرط ان لا يكون الطاعن قد تسبب بالبطلان كما ان البطلان يمكن الحد من آثاره من خلال تصحيحه واعادته.

1.5 أثار بطلان التفتيش القضائي

يترتب على الحكم ببطلان الإجراء المعيب زوال آثاره القانونية، فبطلان الإجراء الجنائي يعني تعطيله عن اداء وظيفته في سيرورة الخصومة الجنائية.

فبطلان التفتيش المعيب يشمل الدليل المستمد منه، ويمتد هذا البطلان لأجراء التفتيش المعيب إلى الإجراء التالي إذا كان مرتبطا بهذا التفتيش، وقد ثار خلاف فقهي حول معيار الارتباط بين الإجراء الباطل والإجراء التالي له، كذلك هل يؤثر الإجراء الباطل في الإجراء السابق عليه، وهل جميع الأدلة المستمدة من الإجراء الباطل تعتبر باطله سواء أكانت تلك التي تسهم في إدانة المتهم أو براءته؟ وما مدى القول بجواز الحد من آثار البطلان بتصحيحه وإعادته ؟

وسنحاول الإجابة على هذه التساؤلات حسبما يأتي:

2.5 مدلول بطلان الإجراء المعيب

القاعدة أن يظل العمل الإجرائي صحيحا منتجا لآثاره القانونية حتى يقرر القاضي بطلانه، وهذه القاعدة تسري أيا كان نوع البطلان سواء تعلق بالمصلحة العامة أم بمصلحة الخصوم [1] وتستثنى من ذلك التشريعات التي تجيز تقرير البطلان بأمر من قاضي التحقيق فإذا تقرر بطلان الإجراء فانه لا ينتج أي اثر قانوني، ويعتبر كأنه لم يكن من الناحية القانونية وقد اخذ المشرع الاردني بذلك في المادة 7 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

كذلك نصت المادة 336 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على انه إذا تقرر بطلان أي إجراء فانه يتناول جميع الآثار المترتبة عليه ويلزم إعادته متى أمكن ذلك.

فهذه المادة تقرر إبطال الدليل المستخدم من الإجراء الباطل، ويمتد هذا البطلان إلى جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، لأن ما بني على باطل فهو باطل[2].

والحكمة من رفض الدليل الناتج عن الإجراءات الباطلة يكمن في كون هذه الإجراءات قد انتهكت حقوق الأفراد وحرياتهم الفردية وحرمات مساكنهم وكرامتهم الشخصية.[3]

وينبني على تجريد الإجراء الباطل من الأثر أنه لا يقطع التقادم في الدعوى، إذ أن قطع التقادم " أثر قانوني " لا يترتب إلا على إجراء صحيح.[4]

ويترتب على التفتيش الباطل استبعاد الأدلة الناتجة عنه، سواء كانت ثابتة في المحضر الذي حرره من أجرى التفتيش أو ثابتة بوجود الأشياء التي ضبطت

---

1 – د.احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون القضاء المدني – دار النهضة العربية – القاهرة 1993 ص415.

2 – د. الحسيني – مرجع سابق ص466.

3- د. محمد على سالم الحلبي – الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية – ج1 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع 1996 ص 505.

4- د. عبد الحكم فوده – البطلان في قانون الإجراءات الجنائية – دار المطبوعات الجامعية 1996 ص 440.

أثناء التفتيش، أو بشهادة من أجرى التفتيش ومن حضروا أثناء إجرائه[1] فبطلان إذن التفتيش يهدد ما أنتجه هذا التفتيش من أثار كضبط أشياء تعتبر حيازتها جريمة (كالمخدرات) ويجب تبرئة المتهم وعدم التعويل على ما نتج عن التفتيش الباطل.[2]

ومن البديهي أن الإجراءات السابقة على التفتيش الباطل تظل صحيحة ومنتجة لكافة أثارها القانونية وهذا ما أكده المشرع الأردني في المادة 4/7 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، التي جاء فيها "لا يترتب على البطلان بطلان الإجراءات السابقة له أما الإجراءات اللاحقة به فلا تكون باطلة إلا إذ كانت مبنية على الإجراء الباطل". وهذا النص يفترض أن الإجراءات السابقة صحيحة ولكن السؤال الذي يثور هنا ما هو أثر الإجراءات السابقة إذا كانت باطلة على التفتيش؟؟.

لقد أجاب الدكتور عبد المهيمن بكر على هذا السؤال بقوله – أنه إذا كانت الإجراءات السابقة سبباً قانونياً أو فعلياً للتفتيش فإنها تبطله، وكذلك الدليل المستمد منه، لأن التفتيش يكون قائماً على إجراء باطل، فينهار تبعاً، ويبطل ما أسفر عنه من دليل. ويعتبر الإجراء السابق الباطل سبباً قانونياً للتفتيش إذ كان هو المبرر القانوني الذي يقتضي حصول التفتيش، فإذا كان القبض، مثلاً قد وقع باطلاً وبوشر التفتيش لحصول القبض تطبيقاً لنص المادة 46 إجراءات، فإنه يتعين القضاء ببطلان التفتيش، وإهدار الدليل المستمد منه.[3]

ويؤخذ على نص المادة السابعة في فقرتها الرابعة عدم دقة صياغتها، ذلك أن مفهوم الأثر القانوني ينصرف إلى النتيجة القانونية التي يرتبها القانون على الإجراء الصحيح[4]، فكيف يقرر المشرع بطلان الإجراء المبني عليه ما دام أن البطلان يزيل عن الإجراء صحته وصفته القانونية.

1- د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 499.

2- نقض جنائي مصري – 22 مارس 1975 مجموعة أحكام النقض، س 26، ص 252.

3 - د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 501.

4- د. سرور – الوسيط – هامش ص 393.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون السوداني قد تأثر بالنظام الانجلوسكسوني بخصوص القاعدة التي تقضي بعدم استبعاد الدليل الناتج عن تفتيش باطل حيث نصت المادة (11) من قانون الإثبات الصادر سنة 1983 على أنه "لا ترفض البينة المقبولة لمجرد أنه قد تم الحصول عليها بوسائل غير مشروعة متى اطمأنت إلى سلامة البينة من الناحية الموضوعية".

ويؤيد البعض في الفقه العربي قاعدة الأخذ بالدليل المستمد من التفتيش غير القانوني، أي أنه لا يشترط أن تكون أدلة الاتهام مستقاة عن طريق مشروع.[1]

ويكفي للرد على هذا الرأي، بالإضافة إلى الاعتبارات التي يسوقها الفقه المؤيد لقاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة عن طريق غير مشروع، أن نشير إلى أن قاعدة استخدام الدليل المستمد من إجراء باطل لا تزال محل جدل في الفقه الانجلوسكسوني موطن نشأتها، بل الأكثر من ذلك أن الغالبية من هذا الفقه تؤيد قاعدة الاستبعاد.فضلا عن أن قاعدة مشروعية الدليل هي القاعدة السائدة في التشريعات العربية، لارتباطها الوثيق في نظرية البطلان، ناهيك عن أن قاعدة الاستبعاد أصبحت جزءا من الضمير الإنساني، لأنه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس بغير وجه حق، وقد كفلت الدساتير هذه الحريات باعتبارها أقدس الحقوق الطبيعية.

وقد تبنى المشرع الإيطالي موقفا صريحا من قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير مشروعة حيث نصت المادة 191 من ذات القانون " لا يجوز استخدام الأدلة التي تم الحصول عليها بالمخالفة لنصوص القانون"

اما عن موقف القضاء بخصوص قاعدة استيعاد الدليل المستمد من التفتيش الباطل، فنجد ان محكمة النقض المصرية قد استقر قضاءها على القول بانه "يتعين على محكمة الموضوع ان تطرح الدليل المستمد من التفتيش الباطل، فلا يصح لها الاعتماد عليه، ولا على شهادة من اجروه، ولا على من اثبتوه في محضرهم اثناء

1- د. محمد محي الدين عوض – قانون الإجراءات السوداني معلقاً عليه ط1، 1980، ص187. د. حامد راشد – احكام تفتيش المسكن في التشريعات الاجرائية المقارنة – مرجع سابق – ص257

هذا التفتيش من اقوال واعترافات مقول بحصولها امامهم من المتهم، لان مثل هذه الشهادة تتضمن في الواقع اخبارا منهم عن امر ارتكبوه مخالفا للقانون"[1].

اما القضاء السوري فقد تبنت محكمة النقض قضاءا مغايراً لما ذهب اليه القضاء المصري حيث اجازت الاعتماد على الدليل المستمد من التفتيش الباطل بقولها " اذا تجاوز رجال الضابطة العدلية حدود وظيفتهم، فانهم يعرضون انفسهم للعقوبة، اما الدليل المستمد من اعمالهم غير القانونية فانه لا يمكن التغاضي عنه ولا إلغائه، لانه امر واقع ولا سبيل لانكاره، ويصح ان يكون مستندا للحكم " [2].

وفي راينا ان هذا الحكم موضع نقد، فكيف تتخذ اجراءات تأديبيه بحق القائمين باجراء التفتيش الباطل، ثم تعتمد المحكمة على الدليل المستمد من هذا الإجراء الباطل، فالأولى ان تهمل المحكمة هذا الدليل ما دامت الطريقة التي كشفت عنه غير قانونية.

ومحكمة التمييز الأردنية وان لم تفصح صراحةً عن موقفها من قاعدة إهدار الدليل المستخلص من التفتيش الباطل الا ان عدم بناء المحكمة لقناعتها على دليل مستمد من تفتيش باطل يدل ضمناً على اخذ محكمة التمييز بهذه القاعدة فقد جاء بحكم لها "1- ان الادعاء بان المخدرات التي ضبطت في منزل المتهم نتيجة تفتيش جرى دون اذن من المدعي العام وخلافا للاصول مما يستوجب استبعاد نتيجة هذا التفتيش ولا يرد على الحكم المميز من اعتراف المميزين واقوال الشهود "[3]

ومن نافلة القول ان المشرع الأردني قد حسم صراحة هذه المسألة في الفقرة الرابعة من المادة 7 من قانون اصول المحاكمات الجزائية.

---

1 – نقض مصري – 11 يونيه 1934 مجموعة القواعد القانونية ج 3 رقم 216 – ص 356

2 – نقض سوري رقم 63/1186 مجموعة القواعد القانوينة سنة 1963 – ص 630

3 – تمييز جزاء رقم 93/102، مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة 1993 م – ص 2193

وفي الولايات المتحدة الأمريكية فقد اتجهت المحكمة العليا إلى تبني قاعدة استبعاد الدليل الباطل سنة 1914 ثم توسعت في تبني هذه القاعدة ليشمل نطاقها جميع المحاكم منذ عام 1961.[1]

3.5 اثر الاجراء المعيب على الاجراء التالي

نصت المادة 4/7 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه " لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة له أما الإجراءات اللاحقة به فلا تكون باطلة إلا إذ كانت مبنية على الإجراء الباطل ".

كما نصت المادة 336 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه " إذا تقرر بطلان إجراء ما فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة..... " فإذا كانت القاعدة هي بطلان الإجراء المترتب أو المبني على التفتيش الباطل، فإن المشكلة تتمثل في تحديد المعيار الذي يمكن الارتكان إليه للقول أن الإجراء اللاحق مبني على الإجراء الباطل ومترتب عليه وبالتالي امتداد البطلان إليه.

وقد ثار خلاف بصدد تحديد هذا المعيار، لهذا سنتعرض لاهم الآراء الفقهية بهذا الصدد:

الرأي الأول: ذهب جانب من الفقه إلى انه يشترط لتأثير العمل الباطل في الأعمال التالية له أن تكون المخالفة القانونية من شانها أن تؤثر على أي وجه وبأي درجة في السير اللاحق للحقوق أو في إجراءاتها المستقلة المحددة بشرط أن يكون هذا التأثير جوهريا [2]

وقد أخذ على هذا الرأي أنه يوسع من نطاق البطلان، لان كل إجراء في الخصومة يؤثر في الإجراءات اللاحقة عليه ولو مجرد تأثير بسيط – والقانون يتطلب توافر علاقة تساند بين الإجراء الباطل والإجراءات التالية له وليس مجرد التأثير.[3]

---

1 – Gtanvile Williams , The eclushonary rule in – England " in police powerand individual free Dom , Chicago, 1962 p1105.

2 – د.احمد فتحي سرور – نظرية البطلان – مرجع سابق – ص382

3– د. عبد الجكم فوده – مرجع سابق – ص 4498.

الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن العمل الباطل يجب أن يكون وحده مصدراً للعمل الذي يليه، بحيث تصبح هذه الأعمال مختلفة عما تكون عليه لو لم يقع البطلان.[1]

وقد انتقد هذا الرأي باعتماده في تحديد علاقة السببية إلى تأثير العمل الباطل في الأعمال التالية، وهو نقد غير مفهوم كما يرى الدكتور الحسيني – لأن هذه العلاقة تعتمد فعلاً على أثر العمل الباطل في الإجراء اللاحق، وأن كان الآمر ينتقل إلى مدى صلة هذا الأثر بالإجراء اللاحق.[2]

الرأي الثالث: وهو الذي يميل إليه الشراح في مصر، ويذهب هذا الرأي إلى أن العمل اللاحق يعتبر مرتبطا بالعمل السابق إذا كان الأخير " مقدمة ضرورية وشرعية " أي "مفترضاً وشرطاً" لصحة العمل اللاحق. فالقانون هو الذي يبين أهمية الإجراء الباطل بالنسبة لما تلاه من إجراءات، فإذا أوجب مباشرة إجراء معين قبل أخر بحيث يصبح الإجراء الأول بمثابة السبب الوحيد للإجراء الذي تلاه، كان هذا الإجراء الأول شرطاً لصحة الإجراء التالي له، فإذا بطل ترتب عليه بطلان الإجراء الذي بني عليه[3] فالاعتراف اللاحق لتفتيش تم بناء على القبض، فهذا الاعتراف لا يمكن التعويل عليه بالإدانة إذا كان القبض غير صحيح لانتفاء أحد شروطه.

بقي أن أشير إلى أن بطلان الإجراء المعيب لا يؤثر على صحة الإجراءات اللاحقة عليه متى كانت هذه الإجراءات مستقلة عن الإجراء المعيب، فاستقلال الإجراء اللاحق يعصمه من البطلان الذي شاب ما سبقه من إجراءات، وبالتالي فإن الحكم ببطلان التفتيش المعيب لا يؤثر على صحة الإجراءات التالية إذا كانت مستقلة عن هذا التفتيش وغير مرتبطة به.[4]

1- د. فتحي والي – نظرية البطلان في قانون المرافعات – رسالة دكتوراه – القاهرة – سنة 1959 – ص 676.

2- د. الحسيني – مرجع سابق – ص 475.

3- د. أحمد فتحي سرور –نظرية البطلان – ص 384.

4- د. سليمان عبد المنعم– مرجع سابق – ص 99.

رأينا: وفي تقديري ان الرأي الثالث قد أصاب كبد الحقيقة في معيار أبطال الأجراء اللاحق للأجراء الباطل. ذلك أن الارتباط هو الارتباط القانوني الذي يجعل الأجراء السابق شرطاً قانونياً للأجراء اللاحق وتقدير مدى هذا الارتباط بين الإجرائين يعود لمحكمة الموضوع تقدره حسبما يكشف لها من ظروف القضية.

ومن الجدير بالذكر أن بطلان الاعتراف بسبب استناده إلى تفتيش باطل، كما يقال دائماً يقوم في حقيقتة على أساس عنصر الإكراه الذي أدى إلى انعدام الإرادة، ولذلك فإنه لا يشترط لصحة هذا الاعتراف أن يكون مسبوقاً بإجراء معين صحيح أو غير صحيح، إنما الذي يشترط فيه فقط ألا يكون من شأن الإجراء الذي سبقه أن يعدم إرادته في الاعتراف وإذن فالقانون لا يشترط لصحة الاعتراف أن يكون مسبوقاً بإجراء صحيح – كالقبض والتفتيش مثلاً لأنه قد يعترف المتهم عن جريمته اختياراً على الرغم من صدور الاعتراف لاحقاً لإجراء باطل.[1]

واخيراً ما هو اثر الأجراء الباطل على الأجراء المعاصر زمنياً له ؟

قد لا تأخذ الإجراءات المعاصرة نفس الاهتمام الذي تحظى به الإجراءات السابقة أو اللاحقة لأن الغالب الأعم أن يكون الأجراء. أما سابقاً أو لاحقاً على الأجراء الباطل، وبالرغم من ذلك فمن المتصور وقوع إجراءات معاصرة للإجراء الباطل وخاصة في نطاق إجراءات التحقيق عندما يقوم المدعى العام بانتداب أحد أعضاء الضابطة العدلية للقيام بأجراء أعمال التفتيش – مثلاً – في حين يمارس هو باقي إجراءات الدعوى. [2]

وإذا كان من الصعب القول باعتماد الأجراء المعاصر للأجراء الباطل على الأخير، فأنه إذا ثبت للقاضي وجود رابطة قوية بين الإجرائين أدت إلى عدم توافر استقلال كل منهما عن الآخر جاز له في هذه الحالة أن يعلن بطلان الأجراء المعاصر[3].

1- د. أحمد فتحي سرور – نظرية البطلان – ص 384.

2- د. سميح المجالي – أثر الأجراء الباطل في المركز القانوني للمتهم – رسالة دكتوراه – جامعة عمان العربية 2004 –ص292.

3- د. محمد الفاضل – قضاء التحقيق – مطبعة دمشق – لسنة 1969 – ص 318.

4.5 مدى جواز استناد الحكم بالبراءة إلى دليل غير مشروع

إذا كانت القاعدة أنه لا يجوز للمحكمة الاستناد في الإدانة إلى دليل مستمد من أجراء باطل، إلا أنه حصل خلاف فقهي حول جواز استناد المحكمة في البراءة إلى دليل مستمد من إجراء باطل.

لقد حسم القضاء المصري هذه المسألة، حيث أجاز الاستناد في البراءة إلى دليل مستمد من إجراء باطل، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض " وأن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً إذ لا يجوز أن تبني إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة، وذلك أنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي ".[1]

وقد ناهض هذا الاجتهاد لمحكمة النقض الدكتور رؤوف عبيد – حيث يرى أن هذا الاجتهاد يخالف مبدأ شرعية الدليل في المواد الجنائية والمدنية على السواء، والذي جمع الآثار المترتبة على الأجراء الباطل دون تفرقة بين دليل الإدانة ودليل البراءة.[2]

وذهب رأي آخر إلى تأييد هذا القضاء باعتبار أن الأصل في الإنسان البراءة، ولا حاجة للمحكمة في أن تثبت براءته، وكل ما تحتاج إليه هو أن تشك في إدانته، ثم أن بطلان الدليل الذي تولد عن إجراء غير مشرع إنما شرع لضمان حرية المتهم، فلا يجوز أن ينقلب هذا الضمان وبالاً عليه، واكثر من ذلك فأن الحصول على دليل البراءة بناء على إجراء غير مشروع قد تتوافر في حالة الضرورة[3] وقد قيل أن الاستناد إلى حالة الضرورة يصعب قبوله، فإن الضرورة إنما تقوم كمانع من المساءلة الجنائية فحسب، ولكنها لا تصلح وسيلة لارتكاب جريمة بحجة الوصول إلى البراءة.[4]

1- نقض 1965/1/25م أحكام النقض س 16 رقم 12 ص 87.

2- د. رؤوف عبيد – مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، طبعة ثامنة، سنة 1970، ص 612- 613.

3- أحمد فتحي سرور – الوسيط – مرجع سابق – ص 348.

4- د. الحسيني – مرجع سابق – هامش – ص 471.

وتوسط اتجاه ثالث الرأيين السابقين ويقوم هذا الرأي على التفرقة في شأن دليل البراءة بين ما إذا كانت وسيلة الحصول عليها تعد جريمة جنائية أم أنها مجرد مخالفة لقواعد الإجراءات فان كانت الأولى وجب إهدار الدليل وعدم الاعتداد به لأن القول بغير ذلك مفاده استثناء بعض الجرائم من العقاب والدعوة إلى ارتكابها، وهو ما لا يجوز وتأباه الشرائع القومية، أما إن كان الحصول على الدليل يخالف قاعدة إجرائية فحسب، فهنا يصح الاستناد إلى هذا الدليل في تبرئة المتهم، تحقيقا للغاية من تقرير البطلان، ولأن الفرق أن البطلان الذي شاب وسيلة التوصل إلى الدليل إنما يرجع إلى فعل من قام بالإجراء الباطل وبالتالي لا يصح أن يضار المتهم بسبب لا دخل له فيه، ويرى صاحب هذا الرأي انه يجوز للمحكمة تبرئة المتهم بالاستناد إلى دليل جاء من رسائل ضبطت لدى هيئة البريد بمعرفة النيابة دون اذن من القاضي الجزائي، إلى غير ذلك من الأدلة الناجمة عن تفتيش باطل ولا يصح لهذا التعويل على دليل توصل إليه المتهم بطريقة السرقة[1].

وقد أيد اتجاه رابع الاتجاه الثاني، ومضى صاحب هذا الاتجاه يقول أننا لو تمسكنا بعدم قبول دليل البراءة بحجة انه غير مشروع فإننا سوف نصل إلى نتيجة خطيرة للغاية وهي إدانة برئ، وفي هذه الحالة يتحمل المجتمع ضررين عقاب برئ قام دليل على براءته وإفلات مجرم من العقاب، ثم إن القاضي يلتزم في حالة الشك أن يحكم ببراءة المتهم فمن باب أولى أن الشخص الذي توافر في حقه دليل على براءته وليس مجرد شك في إدانته إذ لا يستساغ عقلا ومنطقا أن يلتزم القاضي بان يحكم ببراءة المتهم لمجرد الشك، وفي نفس الوقت يحكم بإدانة إنسان فعلا بدليل – وان كان قد تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة – انه لم يرتكب الجريمة المسندة إليه أيهما صاحب المركز الأقوى في الدعوى هل هو المتهم الذي يحكم ببراءته للشك في إدانته أم المتهم الذي يحكم ببراءته لعدم صحة إسناد التهمة إليه؟

---

1 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 471وما بعدها.

ثم انه لا ضرر ولا ضرار من الحصول على دليل البراءة بطريقة غير مشروعة، خاصة إذا عرفنا انه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حرمات الناس بدون وجه حق.[1]

والواقع أن المحكمة لا تقضي بالإدانة إلا إذا كانت الأدلة المتوافرة في الدعوى مشروعة ومتساندة مع بعضها البعض، وبطبيعة الحال فإن الدليل إذا كان غير مشروع فإن المحكمة لا يمكنها أن تعول عليه في الحكم بالإدانة وإنما يتوجب على المحكمة طرحة من عداد البينات – وبالتالي فإذا كان هو الدليل الوحيد وجوب الحكم بتبرئة المتهم، وقد يتوافر في الدعوى أدلة أخرى غير هذا الدليل فيمكن للمحكمة أن تستند لهذه الأدلة :- في الإدانة إذا كانت كافية وتطرح الدليل الباطل.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الأردني ورغم عدم وجود اجتهاد لمحكمة التمييز بهذا الخصوص فأنني أرى أنه يجوز للمحكمة أن تطرح الدليل الباطل من عداد البينات على اعتبار أن الدليل إذا شكك فيه يمكن استبعاده بالاستناد إلى قرينة البراءة فإذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى فيتوجب على المحكمة تقرير براءة المشتكي عليه.

أما إذا كان هناك أدلة أخرى غير الدليل الباطل فيتوجب على المحكمة وزن هذه الأدلة فإذا كانت كافية للإدانة قضت بها وأن لم تكن كذلك قررت براءة المشتكي عليه لعدم كفاية الأدلة.

5.5 تصحيح التفتيش الباطل وأعادته.

اولا: تصحيح الاجراء الباطل

نصت المادة 335 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه " يجوز للقاضي أن يصحح، ولو من تلقاء نفسه كل إجراء يتبين له بطلانه" ولم يرد نص مماثل في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

---

1 – د. هلالي عبد اللاه – النظرية العامة للاثبات في المواد جنائية – دراسة مقارنة – الطبعة الاولى – 1987 – الناشر دار النهضة العربية ص459-460.

ويقصد بالتصحيح إزالة البطلان ليصبح العمل الإجرائي صحيحاً، وذلك بتخليصه مما يشوبة من نقص أو عيب، فيغدو الأجراء صحيحاً مبرأ من كل عيب[1]

وتبدو أهمية تصحيح إجراء التفتيش الباطل، حين يترتب عليه إبطال الإجراءات اللاحقة، وبالتالي يكون للتصحيح فائدة كبيرة في عدم إهدار وقت الخصومة الجنائية ومواصلة صيرورتها من جديد. ويستعمل القاضي هذه السلطة سواء أكان البطلان مطلقاً أو نسبياً، وإذا كان البطلان مطلقاً فللقاضي أن يستعمل هذه السلطة من تلقاء نفسه، أي بغير انتظار أن يحتج بالبطلان ذو المصلحة في ذلك وتصحيح الإجراء بإعادته مع تلافي العيب الذي كان قد شابه وأدى إلى بطلانه، وليس للتصحيح أثر رجعي، ومن ثم فإن الإجراء الجديد لا ينتج أثره إلا من تاريخ اتخاذه.[2]

وتصحيح الإجراء وفق المادة 335 لا تعني إلغاء الإجراء الأول الذي لم يتقرر بطلانه، فإذا تبين بعد إعادة التفتيش أن الإجراء الأول كان صحيحاً، فإن هذا لا يقدح في صحة التفتيش الجديد، وللمحكمة أن تستند إلى الأدلة التي أسفر عنها الإجراءان معاً أو وفقا لما تراه[3] وقد أجازت المادة 335 من قانون الإجراءات للمحقق أن يصحح ولو من تلقاء نفسه كل إجراء يتضح له بطلانه، كلما أمكن ذلك. وأخذت المادة 337 من ذات القانون بهذا الاتجاه مع بعض التفصيل والتي جاء فيها "يجوز تجديد الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الموعد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن له ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتجديده، ولا يعتد بالإجراء إلا من ذلك التاريخ".

1- د. لؤي حدادين – مرجع سابق – ص 463.

2- سامي الحسيني – مرجع سابق ص 468.

3- سامي الحسيني – مرجع سابق ص 468.

لقد أباح النص تصحيح الإجراء المعيب، بخلاف ما تقتضي به القواعد العامة من ضرورة أن يتم التصحيح قبل الدفع[1]

ثانيا: اعادة الاجراء الباطل

أما فيما يتعلق بإعادة التفتيش الباطل فقد نصت عليه المادة 336 على انه "إذا تقرر بطلان أي إجراء، فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ويلزم إعادته متى أمكن ذلك".

وإذا كان التصحيح جوازياً قبل تقرير البطلان، فإن إعادة الإجراء وجوبيه بعد تقريره[2]. وإعادة الإجراءات لا تقف فقد عند حد الإجراء الذي تقرر بطلانه، وإنما يلزم كذلك إعادة جميع الإجراءات التي امتد إليها البطلان سواء كانت سابقة أو لاحقة للإجراء الباطل[3]

وللمحكمة أن تأمر بإعادة الإجراء المعيب، ولا تقوم هي بإعادته. ولابد من توافر عدة شروط لإعادته الإجراء الباطل:

1- أن تكون الإعادة ممكنة:

فيجب أن لا تكون الإعادة مستحيلة بحكم القانون أو الواقع، فإذا استحال قانونا مباشرة الإجراء فلا جدوى إذن من إعادته كفوات الميعاد المحدد للطعن في الحكم بالاستئناف[4]، وقد تكون الاستحالة مادية كتهدم المنزل المراد إعادة التفتيش الباطل فيه.

2- عدم زوال الاختصاص لمن باشر الإجراء الباطل

فلا يجوز إعادة الإجراء إلا من قبل من قام به، فإذا اكتشف المدعي العام أن هناك عيب في إجراء التفتيش في القضية التي تم إحالتها إلى المحكمة فلا يملك إعادته هذا الإجراء لخروج الدعوى من حوزته.

1- عبد الحكيم فوده - مرجع سابق - ص 486.

2- د. سليمان عبد المنعم- مرجع سابق - ص10.

3- د. جهاد جودة حسين - الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992 الجزء الثاني في المحاكمة وطرق الطعن في الإحكام، الطبعة الأولى - 1994 - م- ص 349.

4- د. سليمان عبد المنعم- مرجع سابق - ص 102.

3- أن تكون الإعادة الضرورية

فإذا كانت الفائدة المرجوة من إعادة الإجراء الباطل قد تحققت من إجراء أخر صحيح فلا ضرورة لإعادة الإجراء الباطل، وتجدر الإشارة إلى أن إعادة الأجراء لا تقف عند حد الإجراء الباطل دائماً وانما تلزم أيضاً إعادة جميع الإجراءات التي امتدت إليها سواء أكانت سابقة أم لاحقة أم معاصرة للأجراء الباطل[1]

بالإضافة إلى تفعيل القاعدة الإجرائية عن طريق تصحيح الإجراء أو إعادته، فيمكن تفعيل القاعدة بواسطة تنازل الخصم عن التمسك بالبطلان، ويمدنا المشرع الفرنسي بمثال لهذا التفعيل إذا تنص المادة 172 من قانون الإجراءات الفرنسية المعدل في سنة 1993م على أنه يمكن للطرف الذي اغفل في مواجهته إجراء جوهري أن يتنازل عن هذا الاحتجاج بذلك وأن يصحح الإجراء، ويجب أن يكون التنازل صريحاً، وأن يحصل في حضور محاميه أو أن يكون هذا الأخير على نحو صحيح[2] واستناداً لهذا النص قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز استجواب المتهم أو مواجهته بغيره بدون حضور محامية أو إحضاره بشرط أن يتنازل المتهم عن حقه في ذلك.

والفارق بين تصحيح القاعدة الإجرائية مثلما يستخلص من نص المادة 172من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي وبين سقوط الحق في الدفع بالبطلان مثلما يستخلص من نص المادة 333 من قانون الإجراءات الجنائية المصري أن التنازل عن التمسك بالبطلان ينبغي أن يكون صريحاً وفقاً للنص الفرنسي ويكفي أن يستفاد ضمناً وفقاً للنص المصري.[3]

والتنازل الصريح يجب أن يكون محدداً على العمل الباطل، لان التنازل غير المحدد لا إرادة له، والإرادة يجب أن تتجه نحو العمل الباطل عن علم به،

1- محمد كامل إبراهيم – أحكام الدفع بالبطلان أمام القضاء الجنائي – الدار البيضاء للطباعة والنشر، ط1، 1991 – 1992 ص66.

2- د. سليمان عبد المنعم – مرجع سابق – ص 104.

3 – د. سليمان عبد المنعم– مرجع سابق – ص 104.

فالتنازل عن البطلان قبل حصوله ودون علم به، فهو باطل لفقدان محله وسببه، أما التنازل الضمني فيستدل عليه من سلوك صاحب الشأن في التمسك بالبطلان، وهذا الأمر تقدره محكمة الموضوع، دون رقابة عليها من محكمة التمييز إلا من حيث سلامة الأسباب وبيان الأدلة التي استشف منها في حصول هذا التنازل[1] وقد نصت المادة 187 من القانون الإيطالي على تصحيح البطلان إذا قبل صاحب الشأن ولو ضمنا آثار البطلان، ونصت المادة 2/170 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية الجديد لصالح المتهم أو المدعي المدني، فلصاحب الشأن أن يتنازل صراحة عن البطلان ويلاحظ أن القانون الفرنسي نص على التنازل الصريح ولم يجيز التنازل الضمني.

ويترتب على التنازل عن التمسك بالبطلان تصحيحه في مواجهة الكافة أي زوال آثره، وهو تنازل بات لا رجوع فيه[2]. والتنازل لا يرد إلا على البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم وأخيرا نجد أن البطلان يصحح في حالة سقوط الحق بالتمسك بالبطلان، وقد أشار لذلك المشرع المصري في المادة 333 من قانون الإجراءات الجنائية والتي تقضي بأنه في غير حالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو التحقيق بالجلسة في الجنح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء في حضوره بدون اعتراض منه، أما في المخالفات فيعتبر الإجراء صحيحاً إذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يكن معه محام في الجلسة وكذلك الأمر يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به في حينه، كما يسقط حق المتهم بالمطالبة بأبطال تكليفه بالحضور إذا حضر إلى الجهة طالبه الحضور بالفعل.

---

1 – د. لؤي حدادين – نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية – دراسة مقارنة – عمان – 2000م – ص 496.

2 – د. عبد الحميد الشواربي – البطلان في قانون الإجراءات الجنائية – 1996 – دار المطبوعات الجامعية – ص 413.

وبالرغم من خلو قانون أصول المحاكمات الجزائية من نص مشابه للنص المصري، فانه يمكن القول أنه في ظل المادة 3/7 من قانون أصول المحاكمات الجزائية لابد لمن يريد التمسك بالبطلان الذي شرع لمصلحته أن يعترض على الإجراء المعيب حتى لا يعتبر سكوته تنازلاً ضمنياً منه على التمسك ببطلان الإجراء المعيب.

ويترتب على التمييز بين تصحيح البطلان عن طريق السقوط والتصحيح عن طريقة التنازل نتيجتان هامتان:

النتيجة الأولى: يفترض التنازل علماً بالعيب الذي لحق الإجراء فإذا ثبت عدم العلم به لم ينتج التنازل أثره بخلاف التصحيح بالسقوط فإنه يتم بقوة القانون، وبغض النظر عن عدم علم صاحب الشأن بالعيب المؤدي للبطلان، كما لا يحول دون السقوط أن يكون صاحب الشأن غير اهل للتنازل.

النتيجة الثانية: أن المحكمة مقيدة بحالات السقوط بما ورد في القانون وليس لها أن تقيس عليها حالات أخرى فهو طريق استثنائي لتصحيح البطلان ولا يجوز القياس عليه[1].

ولم يتضمن قانون اصول المحاكمات الجزائية نصا يتعلق بتصحيح واعادة الاجراء الباطل لذلك اتمنى على مشرعنا معالجة هذا النقص التشريعي باضافة نصين الى المادة السابعة من الاصول الجزائية الاول يتعلق بتصحيح الاجراء الباطل على النحو التالي "للمحكمة ان تصحح الاجراء الباطل كلما كان ذلك ممكنا وضروريا، ولا يعتد بالاجراء الا من تاريخ تصحيحه"، اما النص الثاني فيتعلق باعادة الاجراء الباطل عوعلى النحو التالي "اذا تقرر بطلان أي اجراء، فانه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ويلزم اعادته متى امكن ذلك".

والى ان يتم معالجة هذا النقص التشريعي، ووفقاً للقواعد العامة، يمكن الأخذ بما ورد في قانون أصول المحاكمات المدنية، في حالة عدم وجود نص في الأصول الجزائية، وحسب نص المادة 26 من قانون أصول المحاكمات المدنية – يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في

1- د. احمد فتحي سرور – نظرية البطلان – مهم سابق – ص 428.

الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه ومؤدي هذا النص أنه إذا تقرر بطلان إجراء، فيجوز لمحكمة الموضوع تصحيحه بإعادته وفقاً للقواعد التي تحكمه ولو كان ذلك بعد تمسك الخصم بالبطلان، شريطة أن يتم إعادة الإجراء في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذه وأن تكون إعادة الإجراء ضرورية وممكنة، ولا تغدو إعادة الإجراء غير مجدية من الناحية العملية، ومحكمة الموضوع هي صاحبة الصلاحية في تقدير حالة الضرورة وإمكانية تصحيح وإعادة الإجراء الباطل.

ويؤخذ على نص المادة 26 من قانون أصول المحاكمات المدنية، أن المشرع لم يبين الحكم فيما لو لم يكن للإجراء ميعاداً مقرر في القانون، ولا بد من تضمين هذا المادة فقرة تعطي الحق للمحكمة أن تحدد ميعاداً مناسباً لتجديد الإجراء الباطل، وأن لا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه.

6.5 نطاق الدفع بالتفتيش الباطل.

الدفع بالبطلان او الطعن به هو الوسيلة التي يطلب بها من اضير بمباشرة التفيتش على خلاف الاحكام المقررة قانونا ولا بد لمن يدفع ببطلان التفتيش ان يكون صاحب مصلحة في هذا الدفع، والا يكون من يتمسك بالبطلان سببا في حصوله، ويختلف وقت اثارة الدفع بالبطلان بحسب ما اذا كان يتعلق بمصلحة الخصوم ام بالنظام العام.

7.5 شروط الدفع بالبطلان

يجب قانوناً لقيام الدفع ببطلان التفتيش توافر ثلاثة أمور أولها شرط المصلحة، وثانيها أن لا يكون من يتمسك بالبطلان سبباً فيه، وثالثها ان لا تكون الغاية من الإجراء قد تحققت.

شرط المصلحة

أن المصلحة هي مناط الدعوى، والقاعدة الكلية تقضي بأنه " حيث لا مصلحة لا دعوى ". فكما أن المصلحة شرط لقبول الدعوى فهي كذلك شرط لقبول الطلب أو الدفع أو الطعن بالحكم.

ولم يرد أي نص بخصوص شرط المصلحة في قانون الإجراءات الجنائية المصري وقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، حيث ورد النص على المصلحة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني في المادة 1/3 منه والتي جاء فيها " لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة يقرها القانون "، وهذه المادة تقابل المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية المصري.وقد نصت المادة 187 من قانون الإجراءات الجزائية الإيطالي على شرط المصلحة صراحة.و عرفها الدكتور عبد المهيمن بكر بأنها[1] " المنفعة العملية المشروعة التي يبغي من يسلك سبيل الدفع إلى تحقيقها من التمسك بالبطلان، ولا يشترط أن تكون هذه الفائدة قائمة أو محققة وإنما يكفي أن تكون " احتماليه ".ولا تتوافر المصلحة، في الطعن ببطلان التفتيش، إلا إذا كان التفتيش الباطل قد أسفر عن ظهور دليل قبل من يتمسك بالبطلان، وكانت محكمة الموضوع قد عولت على الدليل الباطل في إدانته، أو تأثرت به في تكوين قناعتها، أما إذا كان التفتيش لم يسفر عن دليل ما، أو أسفر عنه ولكن المحكمة طرحته واستندت إلى أدلة أخرى لا تتصل بالتفتيش الباطل، فلا تبدو ثمة مصلحة في الدفع ببطلان التفتيش وألا لا صبح البطلان نظرياً لا فائدة في الدفع ببطلان التفتيش طالما أن المحكمة قد استندت في إدانته إلى اعترافه المستقل عن هذا التفتيش ولا مصلحة للمتهم في الجدل فيما إذا كان تخليه عن قطعة المخدر والتي ألقاها على الأرض قد تم باختياره، بحيث تقوم حالة التلبس التي تجيز القبض عليه وتفتيشه، ولا يقتصر شرط المصلحة على الدفع ببطلان التفتيش المتعلق بمصلحة الخصوم، بل هو متطلب كذلك ولو كان البطلان مما يتعلق بالنظام العام.[2]

---

1 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 484.

2 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 435.

عدم تسبب الطاعن بحصول التفتيش الباطل

هذا الشرط لا يتعلق بالبطلان المطلق، إذ يجوز التمسك بالبطلان حتى لو كان المتمسك هو المتسبب في حصوله، ذلك أن هذا النوع من البطلان يجوز لأي طرف الدفع به، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز، أما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فلا يجوز التمسك ببطلانه إذا كان الطاعن هو من تسبب بحصوله.

وقيل في تبرير هذا الشرط أن من تسبب في وقوع بطلان التفتيش، ويكون هو صاحب الشأن في الدفع به لا يقبل منه بعد ذلك أن يدفع به، إذ أنه يعتبر (متنازلاً ضمنياً) عما شاب الإجراء المعيب[1]، وقيل أن عدم قبول دفعه أنما يرجع إلى فكرة الجزاء بحرمانه من الدفع بالبطلان لقاء سابق فعله بالتسبب في تعيب الإجراء.[2]

ولا فارق بين هذين الرأيين يستأهل الخوض فيه، والمهم أنه يستوي أن يكون المتسبب في تعيب الإجراء متعمداً أو مخطئاً فهو في الحالتين قد ضيع حقه في التمسك ببطلان التفتيش للعيب الذي شابه بعدم الملاءمة بسلوكه هو، وهذا لا ينطبق إلا في البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم (النسبي).[3]

وقد تضمن قانون أصول الإجراءات الجنائية المصري نصاً بهذا الخصوص في المادة 322 منه التي جاء فيها (فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من مشرع لمصلحته ما لم يكن قد تسبب فيه)، وذكرت المذكرة الإيضاحية لذات القانون أنه (يستوي أن يكون المتسبب هو الخصم نفسه أو شخص أخر يعمل باسمه كذلك لا يلزم أن يكون قد صدر عن الخصم غش أو خطأ، بل تكفي مجرد الواقعة الدالة على نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه).

لا يشترط أن يصدر عمن يتمسك بالبطلان غش أو خطأ أو حتى تعمد، بل يكفي مجرد حصول الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان إلى من يتمسك به أو وكيله،

---

1 – د. سرور – رسالة نظرية البطلان ص 350.

2 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 437.

3 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 488.

فالمعيار هنا موضوعي، قوامه توافر رابطة سببيه بين الفعل والعيب المتحقق، كما لا يشترط أن يكون هذا الفعل هو السبب الوحيد أو الرئيس، بل تكفي مساهمته في أحداث العيب[1].

وتطبيقاً لذلك فلا يجوز للمتهم الطعن بعدم صحة تفتيش منزله لعدم الحضور إذا ثبت أنه تمت دعوته للحضور لكنه لم يحضر[2].

أن لا تكون الغاية من الأجراء قد تحققت.

لقد ورد هذا الشرط في عجز الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون الأصول الجزائية، والتي بينت أن الإجراء يكون باطلاً إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الأجزاء.

والواقع أن هذا المبدأ يأتي في إطار توجه التشريعات الحديثة إلى الحد من نطاق البطلان بطرق مختلفة منها، عدم جواز التمسك بالبطلان إذا تحققت الغاية من الأجراء، وهذه النظرة إلى الأجراء ترى فيه وسيلة إلى تحقيق غاية وليس هو غاية في ذاته، فإذا تحققت الغاية التي أرادها المشرع من الإجراء ولو كان معيباً لم يصح التمسك بالبطلان [3].

وأساس هذه القاعدة التعسف في استعمال الحق الا أن جانباً من الفقه يرى – بحق – أن الأجراء لا يبرأ عيبه ولا ينقلب صحيحاً إذا تحققت الغاية منه أو سقط الحق بالتمسك ببطلانه لأي سبب كان، لان الحكم على الأجراء بالصحة أو البطلان إنما يكون وقت مباشرته، ومنذ تلك اللحظة يحكم عليه بالصحة أو البطلان غاية ما في الأمر أن المشرع ان لم يستطيع تغير الواقع فإنه يستطيع تغير

1- تسوي للتشريعات : التي تنص على هذه القاعدة بين المتسبب بالبطلان بحسن نية، والمتسبب فيه بسوء نية، كما تسوي بين سبب البطلان الراجع إلى فعل الخصم نفسه، والراجع إلى شخص آخر وكيلاً عنه، والواقع أن هذا لا يتفق مع أساس هذه للقاعدة المتمثل بفكرة الجزاء، وليس من العدالة حرمان صاحب الحق بالتمسك بالبطلان إذا تسبب فيه بحسن نية، لذلك يقترح للبعض عند النص على هذه القاعدة أن تكون مشروطة بعبارة "سؤ النية " حتى يسقط حق التمسك بالبطلان في المطالبة بـه. انظر د. سامي للحسيني – المرجع السابق – ص 438، وقد يعيق تطبيق الرأي الأخير الدخول في مسألة النوايا الحسنة أو لسيئة مع أن الأصل في الأعمال الإجرائية أنها تبنى على الإرادة الظاهرة ولما تبطل بعد نزولا على ما قد ينكشف من آمر الواقع، وتترتب أحكام هذه القاعدة بمجرد التسبب بالبطلان سواء أكانت النية سيئة أو حسنة انظر د. عوض محمد – المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية دار المطبوعات الجامعية ط1 1999 ص 576.

2- د. مدحت الحسيني – البطلان في المواد الجنائية – مرجع سابق ص 40.

3- المادة 2/20 من قانون المرفعات المصري.

الأحكام، بمعنى، أنه يمنع ترتيب البطلان على الأجراء الباطل، ويعامله معاملة الأجراء الصحيح ويصبح من حيث الواقع في منزلته [1].

ويشترط لعدم التمسك بالبطلان نتيجة لتحقق الغاية من الأجراء أن تكون هذه الغاية قد تحققت بالنسبة إلى كل من تعلقت له مصلحة فيه، فإذا شمل التبليغ الباطل عدة متهمين، وحضر بعضهم رغم البطلان ولم يحضر الآخرون، فان التمسك بالبطلان يمتنع على من حضر دون من لم يحضر، فالغاية تحققت بالنسبة لبعض المتهمين دون البعض الآخر[2].

ويقتصر تطبيق هذه القاعدة – تحقق الغاية من الإجراء على البطلان المتعلقة بمصلحة الخصوم، دون البطلان المتعلق بالنظام العام، فلو تحققت الغاية من الإجراء. فإن البطلان يترتب رغم ذلك إذا كانت القاعدة التي خولفت من النظام العام ذلك ان البطلان المتعلق بالنظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها سواء تحققت الغاية من الاجراء ام لم تتحقق اما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فاذا تحققت الغاية من الاجراء ولم يطعن صاحب المصلحة بالبطلان فيمكن الاخذ بالدليل الذي اسفر عنه هذا الاجراء رغم العيب الذي شابه.

8.5 صاحب الحق بالتمسك بالبطلان.

القاعدة أن البطلان المتعلق بالنظام العام، يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

أما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فلا يجوز التمسك به ألا من قبل من تقرر لمصلحته. وهذا ما نصت عليه (م 3/7 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني).

1- د. عوض محمد – مرجع سابق ص589.

2- تقضي المادة 334 من قانون الإجراءات الجنائية المصري بسقوط حق المتهم بالتمسك بالبطلان العائد إلى عيب في ورقة التكليف بالحضور، إذا حضر بنفسه أو بواسطة وكيل عنه وإنما يحق له أن يطلب تصحيح التكليف وإعطائه معياداً أخر ليحضر دفاعه، ويمكن الآخذ بهذا الحكم في إطار معيار الغاية من الإجراء.

وعلى ضوء ذلك فإن مخالفة القواعد الموضوعية في التفتيش، يترتب عليها بطلان يتعلق بالنظام العام، ولكل ذي مصلحة أن يدفع به، أما القواعد الشكلية باعتبارها تتعلق بمصلحة المشتكي عليه فإن مخالفتها يرتب بطلاناً نسبياً لا يجوز التمسك به ألا من قبل من تقرر لمصلحته.[1]

غير أن قضاء النقض مستقر على أن الطعن بالبطلان في الدليل المستمد من التفتيش لعدم مراعاة الأوضاع القانونية في التفتيش، لا يجوز ألا ممن شرعت هذه الأوضاع لحمايتهم، وأنه لا يجوز الطعن ببطلان التفتيش من غير من وقع التفتيش على شخصه أو بيته.[2] وأنه لا شأن للمتهم في التحدث عن بطلان التفتيش الحاصل في مسكن غيره ولو كان يستفيد منه.[3]

ولما كان هذا هو المقرر في شأن البطلان المتعلق (بمصلحة الخصوم النسبي) إذ لا يصح أن يتمسك به ألا من يتعلق البطلان بقاعدة مقررة لمصلحته، وبذلك تساوى الأمر، في الظاهر بين من له الحق في التمسك بالبطلان من النظام العام، والبطلان المتعلق بمصلحة المتهم أو أحد الخصوم.[4]

ألا أن القاعدة التي استقرت عليها أحكام محكمة النقض المصرية في شأن التمسك بالبطلان أنما تقوم على أساس افتراض رضاء ذي الشأن وأن هذا الرضاء من شأنه أعطاء الوصف الدقيق لما حصل، فإنه يزيل عن الإجراء وصف التفتيش، وأن ما حصل لا يعدو أن يكون إطلاعاً جائزاً أو معاينة مباحة، وبالتالي فإنه لا وجود لحرمة تهدر بالتفتيش حتى يمكن الدفع ببطلانه بإطلاع الغير على ما في منزله أو ما معه، وهذه ممارسة لحقّه، ومن ثم فلا يكون ثمة تفتيش يقضى ببطلانه.[5]

---

1 – د. الحسيني – مرجع سابق – ص 439.

2 – نقض رقم يناير سنة 1939 الطعن رقم 88 سنة 9 قضائية مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في 27 عاماً – الجزء الأول – ص 420.

3 – نقض 12 يناير سنة 1976 مجموعة أحكام النقض 7– 1– 1.

4 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 490.

5 – د. توفيق الشاوي – فقه الإجراءات – ص 456. د. سامي الحسيني – النظرية العامة في التفتيش – ص 440.

والرضا (لا يفترض) وإنما يجب أن يكون صريحاً، وأن يتم إثبات صحته.

وفي القانون الفرنسي فإن بطلان إجراءات التحقيق الابتدائي، ومنها التفتيش يصح أن يطلبه الخصوم وقاضي التحقيق والنيابة العامة وفقاً للمادتين 170 و171 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.ولغرفة الاتهام أن تقضي به من تلقاء نفسها وفقاً للمادة 206 من ذات القانون [1].

9.5 وقت إثارة الدفع بالبطلان

يختلف الوقت الذي يجوز فيه إثارة الدفع بالبطلان بحسب فإذا كان يتعلق بالنظام العام أو يتعلق بمصلحة الخصوم، ففي التشريع الأردني قبل التعديل الذي طرأ على قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، لم يرد نص صريح يحدد الوقت الذي يجب فيه إبداء الدفع ببطلان الإجراء المعيب، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 274 من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي حصرت الأسباب التي على أساسها يقبل الطعن بالتمييز نستطيع القول :- بأن المشرع بخصوص هذا الشأن قد فرق بين حالتين، الحالة الأولى :- إذا كانت القاعدة التي تم مخالفتها منصوصاً على مراعاتها تحت طائلة البطلان ففي هذه الحالة يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة التمييز إذا خولفت الإجراءات التي أوجب المشرع مراعتها تحت طائلة البطلان.[2]

ولم يشترط المشرع أن تنصب المخالفة على إجراء جوهري من النظام العام، وكأنه حدد سلفاً أن الإجراءات المنصوص على مخالفتها تحت طائلة البطلان قواعد جوهرية يترتب على مخالفتها بطلان مطلق، ووفق لنص المادة 274 من قانون أصول المحاكمات الجزائية فإن الدفع ببطلان جميع الإجراءات الجوهرية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية فيما عدا ما نصت عليه المادتان 227 و 229 لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز وهذا يجافي المنطق القانوني والقواعد المستقرة في مجال الدفع بالبطلان، لذلك فإن

---

1 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص471

2 – د. عبد الإله النوايسه – مرجع سابق – ص 587.

الدفع ببطلان الإجراء الجوهري المتعلق بالنظام العام يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز ما دام أنه لا يستوجب تحقيق موضوعي ولو لم ينص المشرع على مراعاة هذه الإجراءات تحت طائلة البطلان.

أما البطلان الجوهري المتعلق بمصلحة الخصوم فلا يجوز الدفع به أمام محكمة التمييز لأول مرة الا إذا تمسك صاحب المصلحة به امام محكمة الموضوع فالتفتت عن طلبه ولم تجر المحكمة تصحيح هذا الإجراء وفقاً لنص المادة 274.[1]

وبعد التعديل الذي طرأ على قانون أصول المحاكمات الجزائية، ميز المشرع الأردني في المادة السابعة بين البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام، والذي يجوز إثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى حتى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز، كقواعد الاختصاص، والقواعد المتعلقة بتشكيل المحكمة أو ولايتها للحكم، بالدعوى، أو باختصاصها النوعي أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام، وقواعد التفتيش الموضوعية تعتبر متعلقة بالنظام العام كونها مقومات الحق في نشوئه، والمبرر القانوني لمباشرته أو الإذن به، وكذلك هناك قاعدة شكلية في التفتيش تعتبر متعلقة بالنظام العام، وهي قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، أما القواعد الشكلية الأخرى بالتفتيش فإن مخالفتها يترتب عليه بطلان نسبي يتعلق بمصلحة الخصوم، وبالتالي يجب على صاحب المصلحة فيه أن يتمسك به أمام محكمة الدرجة الأولى وإلا فقد الحق قي إثارته في مراحل الدعوى اللاحقة. والبطلان النسبي يجوز التنازل عن الدفع به، فإذا تم التنازل عنه اعتبر الأجراء صحيحاً، لان للتنازل أثر رجعي. وهذا ما نصت عليه المادة 3/7 " يزول البطلان إذا تنازل من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك باستثناء الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام ".

ويؤخذ على هذا النص عدم دقة صياغته، فالبطلان لا يزول بتنازل من شرع لمصلحته، وإنما الذي يزول هو الحق بالتمسك به، بدليل أنه إذا تم التمسك به ممن شرع لمصلحته استطاع القاضي عندئذٍ تقريره[2]

1 – د.عبد الإله النوايسه – مرجع سابق – ص 588.

2– د. سميح المجالي – مرجع سابق ص 273.

وقد يثور تساؤل حول مدى إثارة الدفع ببطلان التفتيش المعيب الذي قامت باجراءه الضابطة العدلية أمام المدعي العام أو إذا وقع التفتيش المعيب من قبل المدعي العام نفسه أو من قبل المحكمة ؟

وللإجابة على هذا السؤال فلا بد من العودة إلى المادة 67 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي حددت الدفوع التي يمكن إثارتها أمام المدعي العام وهي الدفع بعدم الاختصاص أو بعدم سماع الدعوى أو بسقوطها أو بان الفعل لا يستوجب عقابا، وهذه الدفوع وردت على سبيل الحصر لا المثال، وعليه يمكن القول أن الدفع ببطلان التفتيش لا يمكن إثارته أمام المدعي العام وان كان يمكن لمحامي المتهم التحفظ على هذا الإجراء المعيب أمام المدعي العام، كذلك إن مرحلة التحقيق أمام المدعي العام ليست مرحلة أخرى من مراحل الدعوى الجزائية بل هي مرحلة أولى، وإذا وقع بطلان التفتيش من قبل المدعي العام فيجب إثارة هذا الدفع أمام محكمة الموضوع عند إحالة الدعوى إليها والا سقط الحق باثارته فيما بعد اذا كان هذا البطلان مقررا لمصلحة الخصوم اما ان كان هذا البطلان يتعلق بالنظام العام فيبقى الحق في اثارته حتى آخر مراحل الدعوى كذلك إذا حصل التفتيش المعيب من قبل محكمة الدرجة الاولى فيجب اثارته عند الطعن بالحكم استئنافا والا سقط الحق في اثارته امام محكمة التمييز إذا كان البطلان متعلقا بمصلحة الخصوم اما ان كان البطلان متعلقا بالمصلحة العامة فيجوز اثارته في كافة مراحل الدعوى ولو لأول مرة امام محكمة التمييز.

أما المشرع المصري، فيختلف الوقت الذي يجوز فيه الدفع بالبطلان، بحسب نوع البطلان، فالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم يسقط الحق بالدفع به في الجنايات والجنح إذا كان للمتهم محامي وحصل الإجراء بحضوره دون اعتراض منه، ومفهوم ذلك أنه إذا لم يكن مع المتهم محامي ولم يعترض عليه فإن حقه بالدفع يبقى قائماً لأثارته أمام أول جهة تلي الجهة التي خالفت القاعدة المقررة لصالحة أمامها، وهذا إذا كان له محامي أمام هذه الجهة، ولا يبقى له الطعن بالبطلان أمام ما يليها إذا لم يكن له محامي.[1]

---

1 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 498- م 333 من الإجراءات الجنائية.

أما البطلان المتعلق بالنظام العام فيجوز الدفع به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، ومن هذه القواعد المتعلقة بتشكيل المحكمة أو ولايتها بالحكم في الدعوى.

وقواعد الاختصاص من حيث نوع الجريمة أو من حيث المكان أو غير ذلك مما يعد من النظام العام، كالقواعد الموضوعية للتفتيش وقاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة الأنثى.

وفي القانون الفرنسي فإن بطلان إجراءات التحقيق الابتدائي، ومنه التفتيش يصح أن يطلبه الخصوم ـــ وقاضي التحقيق والنيابة العامة، المادتين (170، 171) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ولغرفة الاتهام أن تقضي به من تلقاء نفسها (المادة 206 من ذات القانون).فطلب توقيع البطلان تختص به غرفة الاتهام وحدها إثناء التحقيق الابتدائي، فالمادة 171 إجراءات فرنسي تعهد إلى قاضي التحقيق في رفع الأمر إلى غرفة الاتهام لتطبيق أحكام البطلان على الإجراء المخالف، وعليه أن يأخذ رأي النيابة العامة ويقوم بإحضار المتهم، فإن لم يقم برفع الأمر إلى غرفة الاتهام فإن النيابة العامة تقوم به، فإذا كان التحقيق الابتدائي قد اقفل بقرار نهائي، فيمكن استئناف هذا القرار أمام غرفة الاتهام.

وبعد قرار الإحالة إلى قضاء الحكم فإن محكمة الجنايات ومحاكم الجنح ومحاكم البوليس تنظر في بطلان الإجراءات ومنها التفتيش.[1]

ولم يرد في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني نص مماثل للنص المصري.

الرضاء بالتفتيش واثره على البطلان.

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز للشخص أن يرضى بتفتيش منزله في غير الأحوال التي بينها القانون، لأنه ليس لأحد أن يتخلى عن الضمانات التي تحمي حرمة مسكنة، كما أنه ليس لأحد التخلي عن الضمانات التي تحمي حريته الشخصية، وقد قيل في الرد على ذلك أن الحرية الشخصية لها مظهران، إيجابي

---

1 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 492.

وسلبي فإذا سمح الفرد بدخول منزله، فهو أنما يستعمل حريته في مظهرها السلبي ومن ثم وجب احترام تلك الحرية، وقيل أن كل ضمان لحماية حق شخصي يمكن التنازل عنه، وحصانة المسكن ضمانة يمكن لكل ذي شأن التنازل عنها.[1]

وحقيقة الأمر أن الرضا يحول التفتيش إلى معاينة عادية لا تسري عليها قواعد التفتيش[2]، وبالتالي لا يوجد في واقع الحال تفتيش يمكن الدفع به، فالتفتيش انتهاك للحق في السر وخاصيته القهر والإجبار، وحق الإنسان وفي وضع الحدود الفعلية لحرمة سره أيا كان وعاؤه أو مستودعه هو حرية له، فيصح أن يرضى لمأمور الضبط بالإطلاع والمعاينة، ويصح أن يحصل الرضا لشخص عادي، وفي الحالتين لا وجود للتفتيش بمعناه القانوني.[3]

فالرضا في التفتيش يحيله من إجراء قانوني يتمتع بخاصية الإجبار إلى مجرد معاينة، مما لا محل معه للادعاء بالبطلان.

ولا بد من توافر عدة شروط في الرضا والذي يجيز المعاينة والإطلاع:

1- أن يكون الرضا صريحاً

استقر القضاء على أن الرضا الذي يترتب عليه هذا الأثر هو الرضا الصريح فمجرد السكوت أو عدم الاعتراض من ذوي الشأن لا يكفي لصحة هذا الإجراء.[4]

وقد كان القضاء الفرنسي يكتفي، أول الأمر بالرضا الضمني، فيعتد بسكوت صاحب الشأن وعدم اعتراضه على الإجراء، ولكن الفقه لم يتقبل موقف القضاء في هذا الشأن، باعتبار أن التغاضي عن حق لا يعرف الأفراد أبعاده جيداً يصبح غير ذي قيمة، وكان ذلك مما جعل القضاء يعدل من موقفه ويتجه إلى اشتراط أن يكون الرضا صريحاً محررا بخط اليد، وأن يذكر في محضر التفتيش وقد قنن المشرع الفرنسي هذا القضاء في المادة (76) من قانون الإجراءات

---

1 - د. الحسيني - مرجع سابق - ص 448.

2 - د. توفيق الشاوي - فقه الإجراءات الجنائية ص 458.

3 - د. عبد المهيمن بكر - مرجع سابق - ص 494.

4 - د. توفيق الشاوي - مرجع سابق - ص 458

الجنائية، فتطلب أن يكون الرضا صريحاً محدداً بخط يد ذي الشأن وموقعاً عليه منه، وتتطلب المحكمة الفدرالية العليا الأمريكية رضاً صريحاً فلا تكتفي بمجرد السكوت وعدم الاعتراض، وهو ما يؤيده الفقه، ومع ذلك اعتبرت بعض المحاكم رضا، فتح المتهم الباب وتركه مفتوحاً ثم جلوسه على سريره بالغرفة، أو وقوفه في منتصف الغرفة.

ألا أن قاعدة وجوب توافر الرضا الصريح يرد عليها استثنائيين:

الاستثناء الأول:

افتراض رضا صاحب الشأن، فالرضا يتحقق في هذه الحالة بمجرد سكوت صاحب الشأن وعدم اعتراضه على الإجراء.

الاستثناء الثاني:

وجود اتفاق أو لائحة سابق ينص على الرضا بالتفتيش، مثل عمال المصانع الذين يرضون بالتفتيش عند الخروج من المصنع بموافقتهم على عقد العمل المتضمن هذا الشرط.

2- أن يكون الرضا حراً

يجب أن يكون الرضا بالتفتيش حراً لا يشوبه عيب، فلا يعتد به متى صدر تحت تأثير الخوف أو الإكراه[1]، فإذا ثبت أن صاحب الشأن قد أذن بالتفتيش تحت تأثير الخوف والإكراه فإذنه باطل والتفتيش باطل.

ولابد أن يكون من رضي بالتفتيش على علم بظروفه، وعلى الأخص بأن من يطلبه لا حق له في الإطلاع أو التفتيش ولا يلزم بعد ذلك أن يكون ثابتاً بالكتابة.[2]

3- أن يكون الرضا سابقاً على التفتيش

فلا بد لاعتبار الرضا مبرراً للإطلاع جائزاً قانوناً أو معاينة مباحة أن يكون سابقاً فإذا كان لاحقا كان الإجراء تفتيشاً، مما يترتب عليه انتهاك لحرمة

---

1 - د. الحسيني - مرجع سابق - ص 455.

2 - د. عبد المهيمن بكر- مرجع سابق - ص 494.

الإنسان في سره، ويوجب توقيع البطلان المتعلق بالنظام العام، الذي لا يصححه الرضا اللاحق.

أما عن موقف محكمة النقض المصرية، فنجد أن قضاءها مستقر على ان الرضا " بالتفتيش " يمنع من الدفع بالبطلان، فقد قضت محكمة النقض في الكثير من أحكامها بإجازة التفتيش بناء على رضا صاحب الشأن.(1)

وقد استلزمت محكمة النقض أن يكون الرضا بالتفتيش حراً وصريحاً حاصلاً قبل التفتيش وبعد إلمام من رضي بظروف التفتيش وبعدم وجود مسوغ في القانون يخول من يطلبه سلطة إجرائه، ولا يجب أن يكن ثابتاً بكتابة صادرة من صاحب الشأن، بل يكفي أن تتبين المحكمة ثبوته من وقائع الدعوى وظروفها (2)، ويصح أن يصدر الرضا ممن ينوب عن الشخص في حيازة مسكنة عند غيابة، كالزوجة، أو الأم المقيمة معه، أو الأب إذا كان يقيم في المنزل.(3)

والدفع بعيب الرضا لا يقبل إلا ممن وقع عليه، فإذا كان هو لم يتقدم بطعن في صحته فلا يقبل من أحد غيره أن يطلب بطلانه، أو استبعاد الدليل المستمد منه، ولو كان ممن يستفيدون من ذلك، لأن الاستفادة لا تلحقه إلا عن طريق التبعية فقط.(4)

أما في فرنسا، فقد ذهبت محكمة النقض إلى إجازة التفتيش الذي يجريه مأمور الضبط القضائي، في غير أحوال التلبس ودون ندب من سلطة التحقيق، متى تم الإجراء برضا صاحب الشأن، وجاء قانون الإجراءات الجنائية فنص صراحة، على جواز مباشرة التفتيش بمعرفة مأموري الضبط القضائي بناء على رضا صريح من صاحب الشأن، (م 76 منه).

---

1 – نقض 1950/6/14 أحكام النقض س1 رقم 251 ص 2791 1950/11/20 س2 رقم 78 ص 199 أشار إليهم د. الحسيني – مرجع سابق – ص 451.

2 – نقض 1942/2/18 طعن رقم 2237 س 12 قضائية مشار اليه لدى د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص 495.

3 – د. عبد المهيمن بكر – مرجع سابق – ص495.

4 – نقض مصري 14 أكتوبر سنة 1946، مجموعة القواعد القانونية ج7 رقم 200، ص 186.

ويجد الرضا بالتفتيش حدوده عند النظام العام، فإذا رضيت المر أه أن يقوم مأمور الضبط القضائي بتفتيشها فإن رضاءها لا يعتد به لمخالفته للنظام العـام[1] فالرضا بالاجراء الباطل بطلانا مطلقا لا يحول دون البطلان، لكن هذا الرضـا – إذا صدر من صاحب الصفة فيه فانه يصحح الاجراء الباطل بطلانا نسبيا [2]

ولم يتطرق المشرع الأردني لأحكام الرضا بالتفتيش في قانون أصول المحاكمات الجزائية.

ومتى وقع الرضا مستوفيا لشروط صحته كان التفتيش صحيحا منتجا لآثاره، فإذا ما كشف عن جريمة متلبس بها كان التلبس صحيحا هو الآخر باعتبار انه اكتشف بطريق مشروع [3].

الخاتمة

وهكذا نكون قد انهينا حديثنا عن بطلان التفتيش وآثاره فـي ظـل قـانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني دراسة مقارنة من حيـث تعريـف التفتـيش القضائي وخصائصه وقلنا إن التفتيش هو إجراء تحقيقي له خطورته، لأنه يمـس الحياة الخاصة للفرد، وحقه بالاحتفاظ بأسراره و مع ذلك فهذا الإجراء ضـروري لحماية مصلحة المجتمع في القبض على مرتكبي الجرائم وجمع الأدلة المادية على ارتكابهم الجريمة تمهيدا لإحالتهم للمحاكم المختصة.

لهذا فان حق المجتمع في التفتيش ينشأ منذ لحظة وقوع الجريمـة وتـوافر الدلائل الكافية على أن شخصا معينا فاعلا أو شريكا في هذه الجريمـة ويحـوز أشياء تفيد في كشف الحقيقة ونظرا لخطورة التفتيش فقد أوجب المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية أن يباشر هذا الإجراء من خلال السلطة القضائية التي

---

1 – د. فوزية عبد الستار – شرح قانون الإجراءات الجنائية – دار النهضة العربية – 1986– ص 294. أوجبت المادة 76 من قانون الإجراءات الفرنسي في الرضاء بالتفتيش أن يكون صريحاً، وبكتابة يحررها صاحب الشأن بخط يده فإذا لم يستطع الكتابة أثبت ذلك في المحضر.

2 – د. رؤوف عبيد – نوع بطلان التفتيش في القانون المصري – المجلة الجنائية القومية – العدد الاول – مارس 1960 ص27

3 – د. مأمون سلامه – الإجراءات الجنائية – مرجع سابق – ص 628

تباشر الدعوى الجزائية باسم المجتمع وهي النيابة العامة، لتحقيق الضمانات التي تحمي الحرية الفردية ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا من خلال السلطة القضائية وذلك من اجل ضمان سلامة الدليل المستخلص جراء عملية التفتيش ويترتب على اعتبار التفتيش إجراء تحقيقي إن كل إجراء لا يهدف للبحث عن الأدلة المادية للجريمة لا يعتبر تفتيشا لذلك كان لا بد من التمييز بين التفتيش و إجراءات جمع الأدلة كالاستجواب والمعاينة والشهادة وتمييزه عما يشتبه به من صور التفتيش كالتفتيش الوقائي الذي يهدف إلى تجريد الشخص من الأدوات التي بحوزته خشية أن يؤذي بها نفسه أو غيره والتفتيش الإداري الذي يهدف إلى اكتشاف الجريمة كما ميزنا بين التفتيش ودخول المنازل فليس بالضرورة أن يكون دخول المنازل تفتيشا الأمر الذي استوجب التعرض للمادة 93 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي تبيح لمأموري الشرطة الدخول إلى المنازل بلا مذكرة في أحوال معينة حددتها هذه المادة وقد تبين لنا أن هذه المادة قد أصابها عيب تشريعي في صياغتها.

كما أن الشروط الموضوعية للتفتيش وهي السبب والمحل والاختصاص وقد أوضحت الدراسة فيما يتعلق بسبب التفتيش أن هناك تباين في مواقف التشريعات من تحديد نوع الجريمة التي يجوز فيها التفتيش سواء في الأحوال العادية أو في حالة التلبس فقد رأينا أن بعضهم أجاز التفتيش في جميع أنواع الجرائم بما فيها المخالفات كالتشريع الأردني كما لاحظنا أن المشرع الأردني استوجب توافر الإمارات القوية عند تفتيش الأشخاص ولم يستلزم ذلك عند تفتيش المنازل حيث اكتفى بمجرد توافر الاشتباه لإجراء تفتيش للمنازل وكان الأولى بالمشرع أن يساوي ما بين تفتيش المنازل والأشخاص من حيث وجوب توافر الإمارات القوية لكلتا الحالتين.

أما فيما يتعلق بمحل التفتيش فلا بد من توافر شرطين أولهما أن يكون المحل محددا فلا يصح التفتيش العام لكافة المنازل في جهة معينة و ثانيهما أن يكون المحل مما يجوز تفتيشه فهناك محال لا يجوز تفتيشه لتمتعها بالحصانة الدبلوماسية أو البرلمانية.

بالإضافة إلى ذلك أن المشرع الأردني فيما يتعلق بالاختصاص بالتفتيش قد دمج بين وظيفتي التحقيق و الاتهام ووضعها في يد النيابة العامة على الرغم من الفارق الكبير بينهما فالأولى تهدف إلى البحث عن أدلة الجريمة سواء أدلة الإدانة أو أدلة البراءة وغايتها كشف الحقيقة أما الثانية فغايتها الإثبات الجنائي وتوقيع الجزاء المقرر لذلك ونظرا لخطورة مرحلة التحقيق الابتدائي وما تنطوي عليه من مساس بحريات الأفراد فكان الأولى بالمشرع أن يعهد بإحدى هاتين الوظيفتين لسلطة محايدة.

أما الشروط الشكلية للتفتيش وهي من الضمانات الأساسية لحماية الحريات وتتمثل هذه الشروط بحضور المشتكى عليه عند تفتيش منزله ضمانا لصحة الدليل المستمد في هذه الحالة وتفتيش الأنثى بمعرفة أنثى وهي قاعدة شكلية جوهرية من النظام العام بالإضافة إلى وقت إجراء التفتيش

وبينات محضر التفتيش فقد رأينا أن هناك تباين في موقف التشريعات من بعض هذه الشروط ونشير بصفة خاصة إلى حظر إجراء التفتيش ليلا في المنازل إلا في حالة الضرورة حيث نصت بعض التشريعات على هذا الشرط دون البعض الآخر.

أما ماهية البطلان فقد تناولنا فيه تعريف البطلان وأنواعه ومذاهبه وآثاره وموقف التشريع الأردني من مذاهب البطلان وقد أوضحت لنا الدراسة أن المشرع الأردني وقبل التعديل الأخير لقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 16 لسنة 2001 لم يكن يأخذ بأي من نظريات البطلان أما بعد التعديل فقد اخذ المشرع بنظريتي البطلان القانوني والبطلان الذاتي في المادة السابعة كما اخذ المشرع بمعيار الغاية من الإجراء لتمييز الإجراء الجوهري من غيره.

وقد لاحظنا أن نظرية البطلان تثير جدلا فقهيا وقضائيا كبيرين وقد انعكس ذلك على بطلان التفتيش حيث أن هناك جدلا كبيرا حول نوع البطلان الناتج عن مخالفة الشروط الموضوعية و الشكلية للتفتيش وجوهر هذا الجدل حول ما يعد إجراءا جوهريا ويترتب عليه البطلان و ما لا يعتبر كذلك، ونجد أن محكمة التمييز الموقرة لم تسعفها سوابقها القضائية في إبراز موضوع الدراسة

بالشكل المطلوب مقارنة مع زميلتها محكمة النقض المصرية التي تحوي أحكاما قضائية تغني وتثري الدراسة موضوع البحث.

وقد تناولنا بطلان التفتيش لمخالفة الشروط الموضوعية وتبين لنا البطلان المترتب على ذلك هو بطلان مطلق لتعلقه بحسن سير الجهاز القضائي وتحقيق العدالة.

أما مخالفة الشروط الشكلية فلا يترتب عليها سوى بطلان نسبي لتعلقها بحقوق الدفاع باستثناء قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثي فهي قاعدة شكلية جوهرية متعلقة بالنظام العام يترتب على مخالفتها بطلان الإجراء بطلانا مطلقا.

أما آثار بطلان التفتيش ونطاق الدفع به فقد أوضحت الدراسة انه متى تقرر بطلان الإجراء وجب استبعاد الدليل المستمد منه وهذه القاعدة مطلقة بشأن دليل الإدانة أما بالنسبة لدليل البراءة فمن الفقهاء من يرى بطلانها ومن الفقهاء من يرى صحتها.

وإذا كان الأصل بطلان الآثار المترتبة على التفتيش الباطل فان الصعوبة تكمن في معيار الارتباط ما بين الإجراءين السابق واللاحق ونرى أن الرأي الفقهي الراجح في هذه المسألة أن معيار الارتباط هو أن يكون الإجراء السابق مقدمة ضرورية وشرعية أي (مفترضا وشرطا) لصحة العمل اللاحق.

بالإضافة إننا لاحظنا أن المشرع الأردني لم ينظم إجراءات تصحيح وإعادة الإجراء الباطل عندما اخذ بنظرية البطلان في التعديل الأخير.

وقد أوضحت لنا الدراسة العديد من العيوب التشريعية التي انتابت قانون أصول المحاكمات الجزائية الأمر الذي حدا بنا إلى تضمين هذه الخاتمة بعض التوصيات نتمنى على مشرعنا الأخذ بها عند أول تعديل لقانون أصول المحاكمات الجزائية وهي:

أولا: أن نص المادة السابعة من قانون أصول المحاكمات الجزائية قد جاء تحت باب الضابطة العدلية وقد يفهم من ذلك أن المشرع نص على البطلان في الفصل الخاص بالضابطة العدلية ووظائفها وليس كنظرية عامة تشمل كل

مراحل الدعوى الجزائية من بدايتها إلى نهايتها وكان الأولى لو أنها جاءت قبل ذلك لتوضيح شمولها كل ما ذكر سابقا.

ثانيا: أن معيار الغاية الذي جاء به المشرع الأردني كضابط لجوهرية الإجراء هو معيار غير منضبط والدليل على ذلك أن الإجراء يكون باطلا حتى لو تحققت الغاية منه إذا كان هذا الإجراء جوهريا متعلقا بالنظام العام.

ثالثا: لم يبين المشرع في الفقرة الرابعة - والمتعلقة في اثر الإجراء الباطل على الإجراءات السابقة واللاحقة - من الإجراء المعاصر للإجراء الباطل فلا بد من تعديل هذه الفقرة بحيث يضاف لها عبارة تبين اثر الإجراء الباطل على الإجراء المعاصر له.

رابعا: أرى أن يضاف نص إلى المادة السابعة يتعلق بتصحيح الإجراء الباطل كلما كان ذلك ممكنا وضروريا والنص الذي اقترحه هو (للمحكمة أن تصحح الإجراء الباطل كلما كان ممكنا وضروريا، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه).

خامسا: أرى أن يضاف نص إلى المادة السابعة يتعلق باعادة الاجراء الباطل والنص الذي اقترحه هو (اذا تقرر بطلان أي اجراء، فانه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ويلزم اعادته متى امكن ذلك).

سادسا: إضافة نص إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية يحظر إجراء التفتيش من الساعة السابعة مساءا وحتى الساعة السابعة صباحا إلا في حالة الضرورة وبقرار مسبب من السلطة المختصة.

سابعا: تعديل نص المادة 88 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على النحو التالي (للمدعي العام أن يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات و الرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود ولدى مكاتب البرق كافة الرسائل البريدية على أن تكون الجريمة التي يجري التحقيق بشأنها من نوع الجناية أو الجنحة المعاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر وان يكون للضبط فائدة لإظهار الحقيقة ومسببا وان تكون مدة الضبط ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة).

ثامنا: ارى ان يعدل نص المادة 93 من قانون اصول المحاكمات الجزائية على النحو التالي: (يجوز لأي مأمور شرطة ان يدخل الى أي منزل او مكان دون مذكرة وان يقوم بالتحري فيه:

1- اذا كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بان جريمة ترتكب في ذلك المكان، او انها ارتكبت منذ امد قريب.

2- اذا استنجد احد الموجودين في ذلك المكان بالشرطة.

3- اذا كان يتعقب شخصا فر من المكان الموقوف فيه بوجه غير مشروع ودخل الى ذلك المكان).

تاسعا: إن مسألة تفتيش السيارة الخاصة مسألة خلافيه، واتمنى على مشرعنا أن يكون سباقا بالفصل في هذه المسألة في إيجاد نص خاص يتعلق بموضوع تفتيش السيارة الخاصة على اعتبار أنها امتداد لحرمة الشخص.

عاشرا: لقد أطلق المشرع الأردني التفتيش في كافة الجرائم سواء كانت جنايات أو جنح أو مخالفات واتمنى من المشرع الأردني في أول تعديل لقانون أصول المحاكمات الجزائية أن يحظر إجراء التفتيش في المخالفات بنص صريح لعدم أهميتها.

حادي عشر: أتمنى من مشرعنا أن يوجب توافر الامارات القوية لتفتيش المنازل أسوة بتفتيش الأشخاص.

ثاني عشر: إيراد نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية يحسم الخلاف الفقهي المحتدم حول مدى جواز تفتيش المشتكى عليه في حالة القبض عليه بالجرم المشهود من قبل الضابطة العدلية، يتيح للضابطة العدلية تفتيش المشتكى عليه في هذه الحالة.

ثالث عشر: تضمين قانون أصول المحاكمات الجزائية نصا يلزم المدعي العام عند إصداره إذناً للضابطة العدلية بالتفتيش أن يبين فيه جميع المسائل المطلوب تحقيقها بحيث يأتي إذن التفتيش مؤرخا و موقعاً ومسببًا سواء تعلق الأمر بتفتيش الأشخاص أو المنازل و مدة لسريان هذا الأذن ونوع الجرم المسند للشخص المراد تفتيشه أو تفتيش منزله.

رابع عشر: إيراد نص في قانون أصول المحاكمات الجزائيـة يوجـب حضـور المشتكي عليه عند تفتيش منزل غيره.

المراجع

أ- المراجع العربية

أبو السعود، احمد كامل، (1989).المدونة الذهبية، **نظرية بطلان الأحكام في التشريعات الجنائية**، دار الفكر العربي

بدوي، شريف، (1989). **أسباب بطلان الضبط والتفتيش وفقا لأحكام محكمة النقض**، دار النهضة العربية – القاهرة .

بكر، عبد المهيمن، (1996–1997م). **إجراءات الأدلة الجنائية** ج1 في التفتيش

ثروت، جلال، (1997)، **نظم الإجراءات الجنائية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية م.

جوخدار، حسن، (1992)، **شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

حداين، لؤي، (2000)، **نظرية البطلان في قانون المحاكمات الجزائية** – دراسة مقارنة، عمان .

حسني، محمود نجيب،(1988)، **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية.

حسني، محمود نجيب، (1982)، **قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية ،القاهرة .

حسين، جهاد جودي، (1994)، **الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة** ، القانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992ج2 في الحكم والطعن بالأحكام ط1،.

الحسيني، سامي، (1992)، **النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن**، دار النهضة العربية،م

الحسيني، مدحت (1993)، **البطلان في المواد الجنائية** ، دار المطبوعات الجامعية.

الحلبي، محمد علي سالم، (1996)، **الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية** ، ج1 ، مطبعة دار الثقافة والنشر والتوزيع .

الذهبي، ادورد غالي، (1980)، **الإجراءات الجنائية في التشريع المصري**، ط1
راشد، حامد، (1998)، أحكام **تفتيش المسكن في التشريعات الإجرائية العربية** ط 1، دار النهضة العربية.
رمضان، عمر السعيد، (1967). **مبادئ الإجراءات الجنائية**.
سرور، احمد فتحي، (1959)، **نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية**، مكتبة دار النهضة العربية.
سرور، احمد فتحي، (1959)، حضور المتهم أثناء التفتيش، **مجلة إدارة قضايا الحكومة**، س 3 – 14 يناير ، مارس.
سرور، احمد فتحي (1970)، **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية**.
سرور، احمد فتحي(1969)، **أصول قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة.
سرور، احمد فتحي (1981،1983)، **الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
سلامه، مأمون، (1979)، **الإجراءات الجنائية في التشريع المصري**، دار الفكر العربي مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة.
سلامه، مأمون، (1992)، **الإجراءات الجنائية في التشريع المصري**، دار النهضة العربية، القاهرة.
سلامه، مأمون، (1980)، قانون الإجراءات الجنائية، معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض، **مجلة القضاة**.
سلامه، مأمون، (1996)، **قانون الإجراءات الجنائية في التشريع المصري**، دار الفكر العربي.
السيد، رفاعي، (1997)، **ضمانات المشتكى عليه في التحقيق الابتدائي** " دراسة مقارنة " منشورات جامعة آل البيت.
الشاوي، توفيق، (1954)، **فقه الإجراءات الجنائية** ط 8.
الشاوي، توفيق، (1954)، **فقه الإجراءات الجنائية** ط2 ،ج 1

الشاوي، توفيق، (1957)، **البطلان المطلق والبطلان النسبي**، المحاماة س 37 سنة عدد 8.

الشاوي، توفيق، (1958)، بحث " سلطة مأموري الضبط القضائي في تفتيش الشخص في غير حالة التلبس "**مجلة المحاماة**، س32، عدد 8، أبريل.

الشهاوي، قدري عبد الفتاح، (1974)، بحث " صلاحيات رجل الشرطة " **مجلة الأمن**، القاهرة، أبريل.

الصيفي، عبد الفتاح، (1988)، **النظرية العامة للقاعدة الإجرائية**، منشاة المعارف بالإسكندرية.

الطراونه محمد، (2003)، **ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية**، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والطباعة.

العالي، ممدوح خليل، (1983)، **حماية الحياة الشخصية في القانون الجنائي**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

عبد الستار، فوزية، (1975)، **شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني**، دار النهضة العربية.

عبد الستار، فوزية، (1986)، **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية.

عبد اللاه، هلالي، (1987)، **النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.

عبد اللاه، هلالي، (1989)، **المركز القانوني للمتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي**، دراسة مقارنة دار النهضة العربية.

عبد المنعم، سليمان، (1999)، **بطلان الإجراءات الجنائي**، دار الجامعة الجديدة للنشر.

عبيد، رعوف، (1960)، نوع بطلان التفتيش في القانون المصري، **المجلة الجنائية القومية**، العدد الأول، مارس.

عبيد، رعوف، (1970)، **الإجراءات الجنائية في القانون المصري**، ط 1.

عبيد، رءوف، (1970)، **مبادئ الإجراءات الجنائية**، في القانون المصري طبعة ثامنة.

عبيد، رءوف، (1980)، **المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية** ج1 ط3 دار الفكر العربي.

عثمان، آمال عبد الرحيم، (1989)، **شرح قانون الإجراءات الجنائية.**

عوض، محمد محي الدين، (1980)، **قانون الإجراءات السوداني – معلقا عليه** ط1.

عوض، محمد محي الدين، مقالة عن حدود التفتيش والحبس الاحتياطي بالقانون السوداني، **مجلة القانون والاقتصاد** س 32 ع 4 – ص 541.

الفاضل، محمد، (2004)، **قضاء التحقيق**، مطبعة دمشق ، لسنة 1969.

فوده، عبدالحكم، (1996)، **البطلان في قانون الإجراءات الجنائية**– دار المطبوعات الجامعية.

الكيلاني، فاروق، (1985)، **شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية**– ج1 مطبعة الفرابي ، عمان ط2.

الكيلاني، فاروق، **(1985)**، **محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن**، ألقيت على طلبة كلية الحقوق في الجامعة الأردنية الجزء الثاني ط 2.

المجالي، سميح، (2004)، **اثر الإجراء الباطل في المركز القانوني للمتهم**، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية.

المجالي، نظام، (1991)، **الإجراءات الجنائية في النظم القانونية**، حقوق الإنسان، إعداد محمود بسيوني وعبد العظيم الوزير ط 1، تقرير الأردن.

المرصفاوي، حسن صادق،(1996)، **المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية**، مشأة المعارف بالإسكندرية.

مشعشع، معتصم، (2001)، **بطلان الإجراءات الجزائية في اجتهاد محكمة التمييز**، بحث منشور في مجلة المنار المجلد السابع عدد 3.

مصطفى، محمود محمود، (1977)، **الإثبات في المواد الجنائية** – القاهرة

مصطفى، محمود محمود، (1987)، **الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن**، ج1، ط 1، مطبعة الناصر.

مصطفى، محمود محمود، (د.ت) **اتجاهات جديدة في قانون الإجراءات الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد**، س 21 عدد 2.

مصطفى، محمود،(د.ت) مقالة عن التفتيش، **مجلة الحقوق**، سنة 1 عدد 2.

مقابلة، حسن يوسف مصطفى، (2003)، **الشرعية الإجرائية في الإجراءات الجنائية** –دار الثقافة للنشر والتوزيع.

مهدي، خلف، (1990)، **ضمانات المتهم في الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية**، رسالة جامعية، كلية الحقوق، جامعة بغداد.

نجم، محمد صبحي، (2000)، **قانون أصول المحاكمات الجزائية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

النقيب، عاطف، (1986)، **أصول المحاكمات الجزائية** – دراسة مقارنة، منشورات عويدات – باريس ط1.

نمور، محمد سعيد، (2004)، **شرح الإجراءات الجنائية**، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

نمور، محمد سعيد، (2004)، **دراسات في فقه القانون الجنائي.**

النوايسة، عبد الإله، (2000)، **ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي**، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والأردني، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس.

الهياجنة، احمد، (1998)، **أسباب بطلان التفتيش القضائي واثاره**، رسالة ماجستير – الجامعة الأردنية.

والي، فتحي، (1959)، **نظرية البطلان في قانون المرافعات**. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

ب-المراجع الانجليزية:

STEFANI,G, LEVASSEUR. ETBOULOCE, PROCEDURE PENALE, DALLOZ, PARIS,1981,PC11.

Chambon (p):Le juge d'instruetion, opicit, p772

Gtanvile Williams, The eclushonary rule in – England " in police powerand individual free Dom , Chicago, 1962 p1105.

Fiffany (w) mcintyre (D) ,Rotenberg (R) detection of crime, Boston 1957. p.473.